heitszustandes, und der Gewerbsverhältnisse, in einem Falle, wie der vorliegende, einen geeigneten Maßstab für die Annahme der muthmaßlichen Lebensdauer abgeben könne, von dem Appellanten nicht widerlegt worden ist; — daß jedoch das Obergericht, indem es ohne Weiteres nach eignem Ermessen die muthmaßliche Lebensdauer des Getödteten auf 30 Jahre festsetzte, die Gränze der richterlichen Befugnisse überschritt, indem das richterliche Ermessen nur auf solche Gegenstände beschränkt ist, hinsichtlich welcher der Richter als solcher eine vollkommene Kenntniß besitzt, während über solche factische Verhältnisse, wie sie im vorliegenden Falle dem Erkenntnisse zum Grunde gelegt werden müssen, nur Sachverständige die nöthige Auskunft zu geben vermögen."

XIV.

Ueber den materiellen Gehalt und den wissenschaftlichen Begriff des Pfandrechts an einer körperlichen Sache.

Von

Herrn Dr. **J. J. Lang,**

K. bayer. Hofrath und ord. Professor der Rechte zu Würzburg.

§. 1.

Wenn dem Gläubiger für seine Forderung eine Sicherheit gegeben werden soll, welche von der Person des Schuldners sowohl als eines Dritten unabhängig ist, so kann diese Sicherheit nur darin bestehen, daß er in eine besondere Verbindung mit Vermögensobjecten des Schuldners oder eines Dritten, der für den Schuldner auf diese Weise intercedirt, gebracht wird. Der Zweck dieser Sicherheit ist kein anderer, als daß der Gläubiger in den Stand gesetzt werde, für den Fall, daß der Schuldner nicht erfüllen will oder kann, sich aus jenen Vermögensobjecten durch deren Veräußerung

bezahlt zu machen. Die alten Formen einer solchen Realcaution waren:

1) Uebertragung des Eigenthums an Sachen, bis der Gläubiger befriedigt ist unter dem pactum fiduciae, daß das Eigenthum, sobald jene Befriedigung stattgefunden, zurück übertragen werde. Hiebei versteht sich von selbst, daß der Gläubiger, der durch jene Uebertragung Eigenthümer geworden ist, und als solcher, im Falle die Befriedigung für seine Forderung nicht erfolgt, den übertragenen Gegenstand veräußern kann. Es ist dies zwar in unsern Quellen nicht direct ausgesprochen, aber unmittelbar vorausgesetzt, wie denn auch der besondere Vertrag zwischen Schuldner und Gläubiger, daß letzterer den Gegenstand, der ihm zu Eigenthum übertragen ist, nicht solle verkaufen dürfen, nur bewirkt, daß der Gläubiger dem Schuldner anzeigen soll, es werde nunmehr der Verkauf vorgenommen werden [1]. Uebersteigt der Erlös aus der verkauften Sache den Betrag der Forderung, so steht dem Schuldner gegen den Gläubiger eine Klage auf Herausgabe der Hyperocha zu [2].

2) Ueberlassung des bloßen Besitzes an den Gläubiger bis zur Tilgung der Schuld (pignus). Allerdings liegt in dieser Art der Realcaution an sich noch nicht die rechtliche Möglichkeit der Veräußerung des Faustpfandes; aber die factische Möglichkeit ist schon gegeben und die rechtliche Möglichkeit beruht auf der Fiktion eines besondern Vertrags, wodurch sie dem Gläubiger vom Verpfänder gestattet sei. So sagt Cajus:

„Item (alienare potest) creditor pignus ex pacto quamvis ejus ea res non sit. Sed hoc forsitan igitur videatur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere; si pecunia non solvatur [3].“

---

1) Paulus sentent. II, 13. §. 5.
2) Paul. l. c. §. 1.
3) Cajus II, 64.

Freilich könnte diese Stelle auch dahin verstanden werden, daß nur ein besonderer Vertrag dem Gläubiger für den Fall der Nichtbefriedigung die Befugniß zur Veräußerung des Pfandobjects habe ertheilen können[4]). Allein schon die Vergleichung der Worte: „qui olim pactus est" mit den in den Institutionen gebrauchten[5]) weist darauf hin, daß das „olim" nicht eine historische Bedeutung hat, sondern nur auf den Pfandcontract selbst zurückzuführen ist. Denn Justinian sagt: qui ab initio contractus pactus est, ut etc." und wollte man einwenden, daß die Institutionen Justinians nicht geeignet seien, einen Satz in Cajus Institutionen zu erläutern, was, da Cajus nicht die einzige ältere Quelle von Justinians Institutionen ist, gewiß zu weit geht, so darf nur an die alte legis actio per pignoris capionem[6]) und an das daraus hervorgegangene pignus ex causa judicati captum erinnert werden[7]), um allen Zweifel darüber, daß die Hingabe als Faustpfand die Veräußerungsbefugniß für den Empfänger involvirte, zu entfernen[8]). Das versteht sich freilich von selbst, daß im täglichen Verkehr sehr leicht mit der Hingabe als Faustpfand noch besonders verabredet werden konnte, im Falle der Nichtbefriedigung solle der Verkauf eintreten,

---

4) Vergl. z. B. Schrader ad §. 1. Inst. quib. alienare licet. (2. 8.)

5) §. 1. Inst. quib. alienare lic. (2. 8.)

6) Cajus IV, 26. 32.

7) l. 15. §. 2—7. D. de re judicata (42. 1.) Offenbar bewirkte die pignoris capio, sie sei nun von einem Magistrat durch seinen Diener bewirkt worden, oder durch eine Privatperson in den Fällen, in welchen diese Pfändung gestattet war (Caj. l. c. §. 27. 28.), ein pignus an der gepfändeten Sache und man darf die angeführten Stellen nur durchlesen, um sich zu überzeugen, daß die Auslösung durch den Schuldner oder der Verkauf der Zweck der Pfändung war. Nur eine Regelung, nicht aber die erste Einführung der executionsweisen Pfändung scheint die Constitution des Antoninus Pius bezweckt zu haben. l. 31. D. eod.

8) Vergl. auch Paulus sent. II, 5. §. 1. verb.: „ut pignus luat, ne a se distrahatur."

und es ist demnach kein Gewicht darauf zu legen, wenn von einer solchen, offenbar überflüssigen, Convention die Rede ist, da ja so häufig, was schon an sich möglich ist, durch die Umständlichkeit der Parteien noch besonders hervorgehoben wird. Wenigstens sagt uns Ulpian in derselben Stelle, in welcher er eine solche Convention erwähnt und aus welcher man neuerlich ihre ehemalige Nothwendigkeit ableiten wollte: „Sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur, ut liceat distrahere [9].“ Daß dies ehemals anders gewesen sei, dafür liegt in der Stelle nicht die geringste Andeutung. Auch der Zeitgenosse des Cajus, Q. Cervidius Scävola drückt sich schon so aus, daß man sieht, wie nach seiner Ansicht die Hingabe des Faustpfandes die Convention de alienando stillschweigend enthalte: „jam enim illo in tempore quo contrahebas, videri concessisse venditioni, si pecuniam non intulisses [10].“ Hieraus wird es dann auch klar, daß, wenn in einer Stelle von Julian die Veräußerungsbefugniß des Gläubigers auf einen Vertrag zurückgeführt wird, dies nicht ein besonderer Vertrag ist, sondern der in dem contractus pigneratitius schon liegende [11].

§. 2.

Neben diesen älteren Formen der Realcaution bildete sich allmälig die neuere Form des Pfandrechts aus, die Hypothek. Dieselbe entstand lediglich durch den Prätor in der Weise, daß eine Sache für die Forderung haften soll, ohne daß das Eigenthum daran dem Gläubiger übertragen wird, und ohne daß selbst deren Besitz auf den Gläubiger überzugehen braucht, wiewohl das Letzte damit verbunden sein kann und das Erstere dadurch als überflüssig erscheint, daß dem Gläubiger hinsichtlich der Sache eine utilis in rem actio ge-

9) l. 4. D. de pignerat. act. (13. 7.)

10) l. 14. §. 5. D. de divers. temporal. præscript. (44. 3.)

11) l. 6. §. 8. D. communi divid. (10. 3.)

stattet ist[12]), die serviana[13]) und quasi serviana[14]) actio (hypothecaria actio[15]), und nicht nur, wenn das pignus im engern Sinne damit verbunden ist, sondern auch allgemein damit gleichbedeutend: pigneratitia in rem actio[16])). Diese pignoris oder hypothecae vindicatio[17]) stellt der Gläubiger gegen jeden Besitzer der verpfändeten Sache an, um in den Besitz derselben zu gelangen und dadurch die Vortheile zu erhalten, welche mit den genannten ältern Formen der Realcaution, der fiducia und dem pignus verbunden waren, und so führt denn auch schon Julianus das Verkaufsrecht des Gläubigers auf das pactum hypothecae zurück, wenn er sagt:

„Arbitrum autem communi dividundo hoc minoris partem æstimare debere, quod *ex pacto* vendere eam rem creditor potest[18]);"

denn nach Cajus

contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae[19])."

12) l. 16. D. de servitutt. (8. 1.) l. 12. pr. D. qui potiores in pign. (20. 4.)
13) l. 3. pr. l. 7. 10. 18. D. de pignorib. (20. 1.) l. 2. D. quib. modis pign. (20. 6.)
14) l. 13. §. 1. D. ad SC. Vellejan. (16. 1.)
15) §. 7. 31. Inst. de actt. (4. 6.) l. 13. §. 1. D. cit.
16) l. 17. D. de pignorib. (20. 1.) l. 3. §. 3. D. ad exhib. (10. 4.) l. 7. §. 12. D. communi divid. (10. 3.)
17) Es wird vom Gläubiger ausdrücklich gesagt, daß er dominium nicht vindiciren sondern nur mit der hypothecaria actio klagen könne. l. 16. §. 5. D. de pignorib. (20. 1.); dagegen kommt für diese Klage der Ausdruck pignus vindicare und vindicare hypothecaria actione vor, z. B. l. 28. D. eod. l. 12. pr. D. qui potiores in pign. (20. 4.) Vergl. auch Büchel Natur des Pfandrechts S. 120.
18) l. 6. §. 8. D. communi divid. (10. 3.)
19) l. 4. D de pignorib. (20. 1.) Vgl. auch l. 17. §. 2. D. de pactis (2. 14.)

Ist hienach auch mit der Hypothek das Veräußerungsrecht wesentlich verbunden, und ist ferner im Gehalt des Pfandrechts so wenig ein Unterschied zwischen Hypothek und Pignus, daß Marcianus sagen kann:

„Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt [20]),“

so stellt sich der materielle Gehalt des neuern Pfandrechts dahin fest, daß es ein zur Sicherheit einer Forderung bestelltes Recht ist, vermöge dessen der Berechtigte sich an die verpfändete Sache halten, sie von jedem Besitzer durch eine in rem actio einfordern und nöthigenfalls zum Zweck seiner Befriedigung verkaufen darf. Dieses Veräußerungsrecht ist für den Begriff so wesentlich, daß die Möglichkeit der Verpfändung sich nach der Möglichkeit des Verkaufs bestimmt: „Quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest [21]).“ Es ist nun freilich in neuerer Zeit die Behauptung aufgestellt worden, daß die Befugniß des Gläubigers die verpfändete Sache zu verkaufen gar nicht zum Wesen des Pfandrechts gehöre, es habe vielmehr die Veräußerungsbefugniß immer auf einem besondern Vertrag beruht [22]). Bezieht man sich hiefür auf Stellen, welche vom pignus im engern Sinne handeln, so genügt es, auf das schon Gesagte zu verweisen [23]). Wenn aber auf zwei Pandektenstellen Gewicht gelegt wird, welche von der missio legatorum servan-

---

20) l. 5. §. 2. D. de pignorib. (20. 1.)

21) l. 9. §. 1. D. de pignorib. (20. 1.)

22) Büchel a. a. O. S. 82. f. Sintenis Handb. des gem. Pfandrechts S. 504.

23) Was die von Sintenis angeführte l. 75. (l. 73.) D. de furtis (47. 2.) betrifft, so beweist sie offenbar nur, daß der Faustpfandgläubiger durch den Verkauf des Pfandes ein furtum begehen kann, z. B. wenn er für seine Forderung befriedigt ist und gleichwohl ohne besondere, den Verkauf gestattende, Convention denselben vornimmt. In der ersten Hälfte der Stelle ist nämlich, wie sich aus der zweiten ergiebt, anzunehmen, daß pecunia soluta est.

dorum causa handeln[24]), so möchte hiebei der historische Zusammenhang übersehen sein. Mittirte der Prätor in possessionem, so erhielt der Missus immer die Detention mit der Befugniß, für die Erhaltung der Sache Sorge zu tragen. Das Verkaufsrecht war mit dieser Detention bald verbunden, bald nicht. War nämlich die Missio in das Vermögen Solcher gegeben, qui fraudationis causa latitant, die ex lege Julia bonis cedirten oder verurtheilt waren, so war damit das Verkaufsrecht verbunden. War dagegen die Missio rei servandae causa gegeben, so war von einem Verkaufsrecht nicht die Rede. Offenbar hat jenes erste Verhältniß des Missus Aehnlichkeit mit einem pignus und dieser Aehnlichkeit wegen wird es pignus genannt, wie dies Ulpian andeutet[25]) wenn er sagt, man solle sich nicht wundern, daß bei der missio ein pignus angenommen werde, (non est mirum, si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui); es wurden bei diesem Sprachgebrauch die Verhältnisse der ersten und zweiten Art nicht unterschieden und das ist es, was pignus praetorium heißt, mit welchem erst Justinian die hypothecaria actio verband[26]). Hieraus erklärt sich, wie Marcian in der ersten Stelle der Not. 24 sagen kann: „mitti liberos in possessionem fideicommissi servandi causa, *ut pro pignore*, non ut pro dominis *possideant*, vel ut alienandi jus, sed ut pignus habeant,“ also daß sie nicht wie Eigenthümer mit dem Veräußerungsrecht besitzen, sondern ut pignus. Hieraus erklärt sich ferner, wie in der zweiten Stelle der Not. 24 Ulpian sagen kann: „Sed pignora (im eigentlichen Sinne) quidem quis et distrahere potest: hic autem frui tantum ei (sc. misso) constitutio permisit, ut festinetur ad sententiam.“ Ja diese Stellen, weit entfernt, ein Beleg für die Trennbarkeit des Verkaufs-

24) l. 114. §. 12. D. de legat. I. (30.) l. 5. §. 21. D. ut in possession. legat. (36. 4.)

25) l. 26. D. de pignerat. act. (13. 7.)

26) l. 2. cod. de prætorio pignore (8. 22.) Vgl. Puchta Cursus der Institutionen Bd. II. S. 702.

rechts vom Pfandrecht, für die Unwesentlichkeit des erstern zum Begriff des Pfandrechts zu sein, beweisen vielmehr gerade das Gegentheil. Denn offenbar wird in ihnen das jus alienandi oder distrahendi als wesentlicher Bestandtheil des eigentlichen Pfandrechts bezeichnet [27]).

§. 3.

Ist im Bisherigen der materielle Gehalt des Pfandrechts an einer körperlichen Sache bestimmt, so fragt es sich nunmehr um die wissenschaftliche Definition, um die Subsumtion des Begriffs unter einen höhern Gattungsbegriff. Sehen wir vorerst auf den Zweck des Pfandrechts, so ergiebt sich uns in diesem Verhältniß, als einer Art der Caution, nothwendig ein accessorisches Recht, das Accessorium einer Forderung. Wie bei der sichernden Intercession, insbesondere bei der Bürgschaft, eine Person für die Sicherheit der Forderung haftet, so haftet beim Pfandrecht die Sache für die Forderung; wie dort eine persona für die Sicherheit einer Forderung obligata ist, so ist hier die res zu demselben Zweck obligata; es ist ein Band, durch welches das berechtigte Subject unmittelbar mit der Sache verbunden ist und so liegt es nahe, diese obligatio rei mit der accessorischen, sichernden Forderung zu vergleichen, und in der That ist diese Vergleichung auch schon von den römischen Juristen gemacht; sie offenbart sich im Sprachgebrauch, da der personalis obligatio das Pfandrecht als obligatio rei gegenüber gestellt wird und für das Verpfänden die Ausdrücke obligare, pignus vel hypothecam obligare, rem in obligationem deducere, für die verpfändete Sache die Ausdrücke res obligata, res obnoxia, und ähnliche von der Aufhebung des Pfandrechts gebraucht werden [28]). Ob aber dieser Sprachgebrauch nicht mehr als eine Vergleichung sei, ob er nicht auf eine Gemeinschaft der rechtlichen Natur des Pfandrechts mit der personalis obliga-

27) Vgl. die Jenaische Allg. Lit. Zeitung. Jahrgang 1836. No. 3. S. 19. 20.

28) Riedel in Hugo's civil. Magazin Bd. V. S. 106. 113. ff.

tio hinausgehe, ob nicht beide Begriffe nur die Glieder eines höhern Gattungsbegriffs seien, dies ist heutigen Tags bestritten, und in diesem Streite stehen sich die bedeutendsten juristischen Notabilitäten gegenüber.

§. 4.

Wir können hier unterscheiden eine althergebrachte und eine neue Ansicht. Die erstere bezeichnet das Pfandrecht einfach als jus in re, dessen specifischer Inhalt das Recht des Gläubigers sei, zur Sicherheit seiner Forderung sich an die fremde, ihm verpfändete Sache zu halten, sie vom Eigenthümer, wie von jedem dritten Besitzer abzufordern und zum Zweck seiner Befriedigung zu verkaufen. Nach dieser Ansicht gehört das Pfandrecht in eine Kategorie mit Eigenthum und Servitut, es ist ein „dingliches Recht", ein „Sachenrecht" und wie das Dienen der Sache (res servit) ist das Pfandrecht (res obligata est) eine Modification des Eigenthums (res mea est). Insofern ist es eine Species des Begriffs, welcher geradezu einen Gegensatz zum Forderungsbegriff bildet, es ist kein „persönliches Recht," kein „Forderungsrecht." Denn das unmittelbar Unterworfene ist hier eine Person, dort eine Sache. — Die neue Ansicht hat so viele Nüançen, daß ein allgemeines Merkmal nur in eine Negation der althergebrachten gesetzt werden kann. Zuerst ist zu nennen Dü Roi[29]), welcher bekanntlich einen sehr weiten Begriff von Eigenthum aufstellt, und als dessen Arten unterscheidet: dominium an res corporales (das eigentliche Eigenthum), quasi dominium, oder das Eigenthum an res incorporales (Servituten und Erbrecht) und dominium utile (wozu vornehmlich gehören bonæ fidei posessio, Superficies, Emphyteusis). Keine dieser drei Arten des Eigenthums sei das Pfandrecht, sondern ein Verhältniß, wo Jemand, der nicht dominus sei (d. h. nach der herkömmlichen Ausdrucksweise, dem kein dingliches Recht zustehe) eine Klage aus dem Eigenthum eines Dritten habe, und zwar nicht etwa die rei vindicatio dieses Dritten — als Cessionar,

29) Archiv für die civil. Praxis Bd. VI. S. 399 ff.

oder Mandatar —, sondern eine selbstständige, nur ihm allein, und nicht dem Dritten, aus dessen Eigenthum geklagt werde, zukommende Klage. Diesem Fall steht nach Dü Roi nur der Fall der actio in rem Pauliana gleich. Er setzt dieses Verhältniß zwar seinen drei Arten des dominium an die Seite, weiß aber dafür nicht gut ein Substantiv als Kunstwort auszudenken. — An Dü Roi schließt sich zunächst Zimmern[30]) an, nach welchem der Pfandgläubiger keine pars dominii, kein jus in re hat, sondern nur zu gewissem Zwecke Procurator des Verpfänders, aber in rem suam ist, nämlich sofern es der Zweck der Sicherstellung und Befriedigung seiner Forderung wegen erfordert. — Während demnach diese Juristen darin übereinstimmen, daß das Pfandrecht kein selbstständig dingliches Recht an der Sache sei, weichen sie doch darin wesentlich von einander ab, daß Dü Roi noch etwas Eigenthümliches am Pfandrecht anerkennt, was er nur technisch nicht zu bezeichnen weiß, indessen Zimmern alles Eigenthümliche des Pfandrechts ganz aufhebt, und dadurch, daß er das Recht des Gläubigers aus einem Mandatum des Verpfänders ableitet, jenen als Procurator des letztern auffaßt, gewissermaßen den Uebergang zu der Ansicht vorbereitet, welche in neuerer Zeit so vielen Beifall gefunden hat, zu der Ansicht nämlich, daß das Verhältniß des Pfandgläubigers zum Pfand ein obligatorisches sei.

§. 5.

Indessen auch nur in der Behauptung der obligatorischen Natur des Pfandrechts treffen die Vertheidiger der erwähnten Ansicht zusammen, während in der Begründung und Ausführung eine volle Uebereinstimmung vermißt wird. — Den ersten Anstoß gab Mühlenbruch[31]), welcher freilich

30) Archiv für die civil. Praxis Bd. VII. S. 313. ff. Gegen Zimmern ist gerichtet die Ausführung von Michelsen im Archiv für d. civ. Prax. Bd. VIII. S. 364 ff.

31) Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, dritte Ausg. S. 12. ff.

das Pfandrecht immer noch als eine Form des dinglichen Rechts an einer Sache betrachtet und sich ausdrücklich gegen die Ansicht von Dü Roi und Zimmern ausspricht, aber das Wesentliche desselben doch schon darein setzt, daß es eine Forderung sei, wobei eine Sache als verpflichtetes Subject angesehen werde, woraus sich die so gewöhnliche Beziehung des Ausdrucks obligatio auf das Pfandverhältniß erkläre[32]). Ausgeführt wurde diese Ansicht in ausgezeichneter Weise durch Büchel[33]), der den Beweis versuchte, daß das Pfandrecht ein wirkliches Forderungsrecht sei, welches sich von den übrigen Forderungsrechten nur dadurch unterscheide, daß hier nicht eine Person, sondern eine Sache als das verpflichtete Subject erscheine, weshalb nicht eine actio in personam, sondern eine actio in rem zur Geltendmachung desselben gegeben sei, während es sonst ganz die Natur einer obligatio habe, sich also nach unserem Sprachgebrauch als ein dingliches Forderungsrecht darstelle und deshalb in einem System des Civilrechts, wenigstens eben so gut, wenn nicht noch passender, unter die Forderungsrechte gestellt werden könne, als unter die Sachenrechte, nur daß man dann unter persönlichen und dinglichen Forderungsrechten zu unterscheiden habe. — Wieder in einer andern Modification trat diese Ansicht bei Sintenis[34]) hervor, welchem es zu weit geht, das Pfand als Subject eines obligatorischen Verhältnisses zu betrachten, da man dasselbe hienach als ein Individuum ansehen müßte, mit dem man contrahire und während die Quellen von einer solchen Personaleigenschaft keine Spur enthielten, durch jene Ansicht gerade das, was den Begriff der Sache in rechtlicher Hinsicht bilde, nämlich daß sie Ge-

32) Vergl. auch Mühlenbruch Lehrb. des Pandektenrechts §. 303.

33) Ueber die Natur des Pfandrechts, Marburg 1833, oder civilrechtliche Erörterungen in einer Reihe einzelner Abhandlungen. Bd. I. Hft. II.

34) Pfandrechtliche Streitfragen Hft. I. S. 5 u. 6. und Handbuch des gemeinen Pfandrechts §. 2.

genstand der Rechte sei, verwischt werde[35]). Aber darin stimmt Sintenis mit Büchel vollkommen überein, daß das Pfandrecht weit entfernt sei ein dingliches Recht in dem Sinne wie die Servitut, ein jus in re zu sein, es sei vielmehr allerdings ein dingliches Forderungsrecht, in welchem nicht die verpfändete Sache, sondern jeder Besitzer derselben als Schuldner zu betrachten sei. Die Grundansicht vom Pfandrecht ist daher bei diesem Juristen dieselbe wie bei Büchel; auch er legt demselben die obligatorische Natur bei und wenn er in der Bestimmung des einen Subjects der Obligation von ihm abweicht, so ist diese Abweichung mehr ein Wortstreit als etwas Reelles und insbesondere trifft er in der Negation eines jus in re vollkommen mit Büchel zusammen[36]). Ausdrücklich für die letztere Ansicht hat sich erklärt v. Vangerow, welcher das Pfandrecht an körperlicher Sache als dingliches Recht anerkennt, seine Unterscheidung von allen übrigen dinglichen Rechten aber, die immer eine totale oder partielle Herrschaft über die Sache begründen, in der obligatio rei findet, d. h. daß der Pfandgegenstand zum Pfandgläubiger in einem ähnlichen Verhältnisse gedacht werden müsse, wie das des Schuldners zu seinem Gläubiger sei[37]). Daß auch andere bedeutende Civilisten den Grundgedanken der neuen Ansicht, die obligatorische Natur des Pfandrechts, aufgenommen haben, ohne jedoch in eine genauere Ausführung sich einzulassen, braucht hier nur bemerkt zu werden[38]).

---

35) Eine Rechtfertigung seiner Ansicht gegen diese Einwendung hat Büchel gegeben in Richter, Kritische Jahrbücher, Jahrgang 1837. S. 101. f. u. Civilrechtliche Erörterungen Bd. II. Hft. II. S. 267.

36) Vergl. auch Sintenis das practische gemeine Civilr. Leipz. 1844. Bd. I. §. 67. u. §. 37. Not. 3.

37) v. Vangerow, Leitfaden f. Pandekten Vorl. Bd. I. S. 734. f.

38) Vergl. Büchel Erörter. Bd. II. Hft. II. S. 265. Not. 1.—8. Ausdrücklich zu erwähnen ist eine Abhandlung von Warnkönig im Archiv f. d. civil. Prax. Bd. XXI. S. 178. ff., insofern darin die Ansicht, daß das generelle Pfandrecht rücksichtlich

Dagegen hat die neue Ansicht auch manchfachen Widerspruch erfahren, so von Hunger[39]), welcher der Auffassung von Büchel entgegenhält, einmal, daß an und für sich schon eine Sache nicht ohne völlige Aufhebung aller Begriffe von Person und Sache als ein im obligatorischen Verhältnisse stehendes Subject, welchem Verbindlichkeiten obliegen — also auch Berechtigungen zustehen — angenommen werden könne, sodann, daß das Römische Recht einen Begriff mit obligatio verbinde, welcher die Sache als Subject ausschließe. Eine Recension der Schrift von Büchel[40]) tritt dessen Grundansicht entschieden entgegen und ist eben so wohl hinsichtlich dessen, was sie über das „dingliche Forderungsrecht" im Allgemeinen sagt, als hinsichtlich einzelner Bemerkungen mehr der Beachtung werth, als ihr Büchel in seinen nachträglichen Bemerkungen geschenkt hat[41]). Widersprochen hat ferner der neuen Ansicht Schilling[42]), welcher gegen den Ausdruck „dingliches Forderungsrecht" erinnert, daß er entweder auf eine jedwede in rem actio anwendbar sei, oder, nach einer andern Deutung, leicht zu dem Mißverständnisse führen könne, als ob die dem Pfandrecht zum Grund liegende Forderung selbst gegen jedweden Besitzer des Pfandes geltend gemacht werden könnte. Ausführlicher hat sich gegen Büchel erklärt Roßhirt, welcher ihm zuerst nur vorwirft, Alles aus den Worten obligatio rei construiren zu wollen, dabei aber übersehen zu haben, daß die römischen Juristen bis auf Justinian das ganze Wesen vom Pfandrecht in die formula hypothecaria gesetzt und danach die Lehre und ihre

---

künftiger Sachen schon von dem Augenblick der Verpfändung des ganzen Vermögens datire, auf die Obligatio rei zu basiren versucht wird.

39) Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik Jahrg. 1835. Zweite Hälfte S. 182. ff.

40) In der Jenaischen Allgem. Lit. Zeit. Jahrg. 1836. Nr. 3. u. 4.

41) Civilrechtliche Erörterungen Bd. II. Hft. II. S. 264 ff.

42) Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des röm. Privatr. Bd. II. §. 204. Not. m.

Bücher titulirt hätten[43]), später aber zu erweisen versuchte, daß die neue Vorstellung, bei der Hypothek solle das verpfändete Gut selbst verschuldet sein, nach römischem System unmöglich sei[44]). Der Grundgedanke dabei ist, daß nach römischer Anschauung nur die Person selbst oder das Vermögen verbindlich werden könne, nicht die res singulæ, daß demnach der neu aufgestellte Begriff für das germanische Recht passend sei, keineswegs aber für das römische. Entschieden gegen die neue Ansicht spricht sich aus Puchta[45]), welcher ihre Argumente unglaublich schwach nennt, das positive Resultat aber für sehr bedenklich hält, das dingliche Forderungsrecht für eine Corruption des Begriffes der Forderung, für eine juristisch unmögliche Ansicht, die Modification derselben bei Sintenis für eine juristisch zwar mögliche, aber unrömische Auffassung erklärt[46]). Eine umfassende Widerlegung der neuen Ansicht fehlt; bei der Auctorität aber, welche ihre Bekenner genießen, ist es mit bloßer Negation nicht gethan, und so wird sich der folgende Versuch, den Argumenten für die neue Ansicht im Detail entgegenzutreten, von selbst rechtfertigen.

§. 6.

Büchel und Sintenis theilen die Beweisgründe für die Eigenschaft des Pfandrechts als einer Obligation in

43) Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht Bd. II. Hft. III. S. 407. Not. 17. Da Büchel einen Hauptgrund für seine Ansicht darin findet, daß das Pfandrecht seinem Wesen nach in der Pfandklage bestehe, so konnte er allerdings diesen Vorwurf zu Gunsten seiner Ansicht wenden. Vergl. Erört. Bd. II. Hft. II. S. 268.

44) Zeitschr. für Civ. u. Criminalr. B. V. Hft. II. S. 164. ff.

45) Lehrb. der Pandekten §. 176. Not. p. Cursus der Instit. Bd. II. S. 710. Not. c.

46) Puchta's Widerspruch wird beigestimmt von Böcking Grundriß zu Pandekten-Vorlesungen zu Buch II. §. 88 a). Ich bedaure sehr, auf Wächter noch nicht Rücksicht nehmen zu können, da sein Handbuch im Druck noch nicht so weit gediehen ist; er reiht sich jedenfalls den Gegnern der neuen Ansicht an. Vgl. seine Erörterungen (unten Not. 138.) S. 113.

äußere und innere ein. Jene sollen im Sprachgebrauch der Quellen liegen, wonach die für das Verpfänden, für das Pfand, für den Zustand des Verpfändetseins, für die Beendigung des Pfandrechts gebrauchten Ausdrücke dieselben seien, wie bei einfachen Forderungsrechten [47]). Damit in Verbindung steht die Berufung auf Octavenus [48]), welcher die Obligation dahin charakterisirt: „ea enim in obligatione consistere, quæ pecunia lui præstarique possunt; libertas autem pecunia lui non potest etc.“ Daß dieses entscheidende Kennzeichen auf das Pfandrecht passe, leuchte ein, selbst wenn man nicht geneigt wäre zu der Annahme, daß Octavenus bei lui gerade an die Auflösung des Pfandrechts gedacht habe; denn es sei weiter zu erwägen die Gleichstellung der Obligationen des Pfandrechts und der Bürgen [49]). — Allerdings ist der Sprachgebrauch der Quellen nicht gering zu achten und die Lösung mancher materiellen Frage ist durch Benützung des Sprachgebrauchs zu erreichen. Allein liegt in dem hier erwähnten Sprachgebrauch wirklich auch mehr als eine Hinweisung auf die Aehnlichkeit des Pfandrechts mit der personalis obligatio, mehr als eine Vergleichung beider? Ich glaube dies leugnen zu müssen, und überall ist bei juristischen Untersuchungen vor den zu weit getriebenen Folgerungen aus den Wörtern zu warnen. Mit neu sich bildenden Rechtsinstituten hält die Sprache nicht immer gleichen Schritt in der Entwicklung und leicht wird ein bekannter Ausdruck der Aehnlichkeit des Neuen mit einem Vorhandenen halber gebraucht, weil die Armuth der Sprache zu selbstständigen technischen Ausdrücken nicht ausreicht. Haben doch die Römer eben für das neuere Pfandrecht den altherkömmlichen Ausdruck pignus gebraucht und das Wort hypotheca aus dem Griechischen herübernehmen müssen. Soll der, vollkommen anzuerkennende, Sprachgebrauch entscheiden,

---

47) Büchel Natur des Pfandr. S. 26—38. Sintenis Hdb. des Pfandr. S. 9.

48) l. 9. §. 2. D. de statu lib. (40. 7.)

49) l. 5. §. 2. D. quib. mod. pig. solv. (20. 6.)

so wären wir am Ende auch genöthigt, die Servituten zu den obligatorischen Rechten zu zählen, weil von einem fundus, cui debetur servitus[50]), von servitutes, quæ debentur fundo[51]), von servitutes debitae[52]), von ædes, welche servitutem debent[53]), von area und domus, quæ servitutem debet[54]), davon, daß nicht personæ, sondern prædia servitutem deberent[55]) in den Quellen die Rede ist. Wie wenig überhaupt die Gleichheit des Ausdrucks für die Gleichheit des Verhältnisses beweist, zeigt sich gerade bei den Servituten. Allerdings liegt hier in den Ausdrücken: servitus, prædium serviens, dominans eine Vergleichung des Verhältnisses, in welchem die dienende und herrschende Sache stehen, mit der Sclaverei. Während aber bei letzterer das berechtigte Subject immer eine Person ist, ist dies bei Prädialservituten eine Sache. Während die Sclaverei eine völlige Unterwerfung des servus unter den dominus involvirt, ist die Servitut immer nur eine theilweise Unterwerfung der Sache, da die völlige rechtliche Herrschaft über die Sache gerade der Servitut als dominium, als Eigenthum gegenübersteht, wie denn auch die libertas des Menschen seine Freiheit von der totalen absoluten Herrschaft eines andern Menschen bezeichnet, während die libertas der Sache keineswegs die Freiheit vom Eigenthum, sondern nur die Freiheit von der Servitut befaßt. Liegt aber im Ausdruck nur eine Vergleichung, so involvirt gerade diese nicht die völlige Gleichheit, sondern nur die Aehnlichkeit, welcher Begriff immer wieder Ungleichheiten voraussetzt. Was die von Ulpian referirte Stelle

50) l. 23. §. 2. D. de S. P. R. (8. 3.)

51) l. 20. §. 1. D. de A. R. D. (41. 1.) l. 4. §. 29. D. de usurp. (41. 3.)

52) l. 20. §. 1. D. cit.

53) l. 6. D. de S. P. U. (8. 2.)

54) l. 14. 21. D. eod.; vergl. auch l. 20. pr. D. si serv. vindic. (8. 5.)

55) l. 34. pr. D. de S. P. R. (8. 3.)

des Octavenus betrifft, so ist gar nicht zu bezweifeln, daß luere eben sowohl von der Aufhebung eines Pfandrechts als einer Obligation gebraucht wird (luere fundum obligatum, luere pignus, luere rem obligatam etc.[56]). Allein daraus folgt Nichts, als daß der Sprachgebrauch, wie für die Bestellung des Pfandes, so auch für dessen Aufhebung, seine Ausdrücke aus dem Obligationenrecht entlehnte. Wie wenig Gewicht aber hierauf zu legen sei, ergiebt sich daraus, daß neben der Bezeichnnng luere a creditore von denselben Juristen für das Grundstück, dessen Verpfändung aufgehoben ist, der sonst bei Servituten gewöhnliche[57]) Ausdruck: prædium liberum (a pignore) gebraucht wird[58]). Endlich die „Gleichstellung der Obligationen des Pfandrechts und der Bürgen" beweist Nichts weiter, als daß beide, Pfandrecht und Bürgschaft, in dem höhern Begriff von Realcaution zusammentreffen[59]), woraus keineswegs folgt, daß das Pfandrecht überall die rechtliche Natur der Bürgschaft haben müsse.

§. 7.

Was die innern Gründe betrifft, so steht an ihrer Spitze der, daß das Pfandrecht durch bloßen Vertrag

---

56) l. 78. §. 6. D. ad S. C. Trebell. (36. 1.) l. 7. §. 12. D. communi divid. (10. 3.) l. 57. D. de legatis I. (30.)

57) l. 90. D. de V. S. (50. 16.): „ædes liberas esse, hoc est, nulli servire." l. 69. §. 3. D. de legat. I. (30.): „liber (fundus) præstandus est," d. h. qui nullam servitutem debet. l. 22. §. 1. D. de cond. indeb. (12. 6.): „cum iter excipere deberem, fundum liberum per errorem tradidi etc." l. 8. D. de actt. emti (19. 1.): „liberum prædium" im Gegensatz von „serviens."

58) l. 52. §. 1. D. de actt. E. et V. (19. 1.): „ut a creditore lueret, et marito liberum præstaret." l. 33. D. fam. erc. (10. 2.): „partem nexu pignoris liberam." l. 32. §. 1. D. ad S. C. Vellej. (16. 1): „fructus etiam liberos recipit." l. 33. Cod. de transactt. (2. 4.): „prædium liberum dari .. placuit, .. licet hoc prædium obligatum post.. fuerit probatum."

59) l. 59. §. 6. D. mandati (17. 1.) l. 4. §. 8. D. de fideicommiss. libertatt. (40. 5.) l. 188. §. 1. D. de V. S. (50. 16.)

entstehe. Kein anderes Recht, behauptet Sintenis[60]), entstehe durch Vertrag allein, als ein Forderungsrecht; dies greife so in das Innerste des Wesens der Rechte ein, daß es keinen stärkern Beweisgrund für die Obligationseigenschaft des Pfandrechts geben könne. Dabei wird noch besonders darauf hingewiesen, daß die nicht aus Verträgen, sondern aus andern Entstehungsgründen herrührenden Pfandrechte, wie das gesetzliche, richterliche, gleichsam als aus Verträgen entsprungen zu betrachten seien. — Wie Zimmern vor mehr als zwanzig Jahren dem Pfandrecht die Qualität eines jus in re absprach, weil ihm diese Qualität bei seiner Ansicht, daß ein anderes jus in re, die Servitut, nicht durch einfachen Vertrag constituirt werden könne, unbequem war, so beruft man sich jetzt auf den Satz, daß kein jus in re durch einfachen Vertrag entstehen könne, um damit einen Beweisgrund für die obligatorische Natur des Pfandrechts geltend zu machen, weil einerseits durch Vertrag nur Obligationen entstehen könnten, andererseits aber das Pfandrecht unzweifelhaft durch den bloßen Vertrag entsteht. Für unsern Zweck fragt es sich daher zunächst, ob denn wirklich durch Vertrag nur obligatorische Verhältnisse erzeugt werden können. Diese Frage muß ich aber ganz bestimmt verneinen. Denn ich kann mich nicht dazu verstehen, den Vertrag nur als obligatorisches Geschäft aufzufassen, oder genauer, ihn als Entstehungsgrund für Rechtsverhältnisse nur auf das Obligationenrecht zu beschränken. Vielmehr erkenne ich im Vertrag mit Puchta und v. Savigny[61]) ein Geschäft, welches zwar am Häufigsten obligatorischer Natur ist, aber nichts destoweniger auch Rechtsverhältnisse begründet, welche in andere Rechtstheile gehören; auch ich erkenne die Obligation regelmäßig als Tochter des Vertrags an; aber eben so wie sie, um mich eines von Zimmern gebrauchten Bildes zu

60) Handb. S. 10. Vgl. Büchel Natur des Pfandr. S. 39—44.

61) Puchta Lehrb. der Pand. §. 237. v. Savigny System des h. R. Rechts Bd. III. S. 309. ff.

bedienen, auch andere Erzeuger haben kann, so kann der Vertrag noch andere Kinder haben als die Obligation. Wenn aber der Vertrag nur meistens eine Obligation erzeugt, so ist der Schluß zu verwerfen, daß jedes rechtliche Verhältniß, welches durch Vertrag entsteht, eine obligatorische Natur haben müsse. Denn alsdann müßte auch die Ehe, welche unzweifelhaft durch Vertrag begründet wird [62]), es müßte die väterliche Gewalt, sofern Adoption und Arrogation Verträge sind [63]), die obligatorische Natur haben. Auch kann der Umstand, daß die römischen Juristen den Vertrag, wo sie ihn allgemein erörtern, am liebsten an obligatorischen Verhältnissen und als deren Grund analysiren, unmöglich gegen diese Ansicht sprechen, da durch sie ja keineswegs die häufigste Anwendung dieses Geschäfts im Obligationsrecht ausgeschlossen wird. Sehen wir auf den Stand unserer Quellen, so wird der Pandecktentitel de pactis keineswegs als Eingang zur Lehre von den Obligationen angesehen werden können, und fassen wir sogleich die erste Stelle in diesem Titel ins Auge, so endet allerdings Ulpians Darstellung im Obligationenrecht, aber sie geht keineswegs davon aus, sondern giebt den Begriff des Vertrags ohne alle Rücksicht auf Obligatorisches. Der Jurist stellt die naturalis æquitas voran, indem er frägt: „Quid enim tam congruum fidei humanæ, quam ea quæ inter eos placuerunt, servare?“ Er leitet dann von der pactio das pactum ab, mit welchem Worte das Wort Friede (pax) dieselbe Abstammung habe. Und nunmehr bezeichnet er als Begriff der pactio: „duorum pluriumve in idem placitum consensus.“ Sodann macht er auf die Allgemeinheit des Wortes conventio aufmerksam, da es sich auf Alles beziehe, worin Diejenigen, welche ein Geschäft abzuschließen oder sich zu vergleichen unter einander verhandeln, übereinkommen. Denn wie man convenire von Denjenigen gebrauche, welche aus verschiedenen Orten an

62) Daher nuptias, matrimonium contrahere. Ulpian V, 2. l. 10. 11. 12. §. 1. l. 34. §. 1. l. 38. pr. D. de R. N. (23. 2.)

63) l. 2. pr. D. de adoptt. (1. 7.)

einem Orte zusammentreffen, so gebrauche man es auch von Solchen, welche aus verschiedenen Seelenbewegungen in Eines zusammenstimmen, d. h. zu demselben Entschluß gelangen. Bis hieher ist in der Stelle auch nicht die Spur einer Beschränkung des Vertrags auf Obligatorisches, und selbst wo nunmehr der Jurist denselben ins Obligationenrecht hinüberführt, wird eine Beschränkung dieser Art nicht nachgewiesen werden können. „Adeo autem, fährt er fort, conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat: nam et stipulatio quæ verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.“ Man sieht hieran doch wohl deutlich, daß aus der allgemeinen Natur des Vertrags blos eine Folgerung für den strengen Verbalcontract gemacht wird. Würde dieselbe Folgerung nicht auch für die Eingehung der Ehe, für die Adoption gemacht werden können? Beruft man sich aber auf den Ausspruch des Paulus: „Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum[64]),“ so wird bei dieser Berufung übersehen, daß Paulus ausdrücklich nur von obligationum substantia, nicht vom Vertrag spricht, und sie beruht eben wieder auf der Voraussetzung, welche durch sie bewiesen werden soll, nämlich daß der Vertrag nur eine obligatio erzeuge. — Wenn hinwiederum behauptet wird, kein jus in re entstehe durch bloßen Vertrag, so entgegne ich offen: quod erat demonstrandum und man bewegt sich in einem Zirkel, indem man von der Nichtentstehung der Servitut (denn für andere jura in re haben wir keine ausdrückliche Erklärung über deren Entstehung) aus einem Vertrag folgert, daß das Pfandrecht eine obligatorische Natur haben müsse, weil es unzweifelhaft aus Vertrag entsteht[65]), während man umge-

64) l. 3. pr. D. de O. et A. (44. 7.)

65) l. 44. §. 5. D. de usurpatt. (41. 3.) Diese Stelle ist für unsere Aufgabe auch sonst noch interessant. Hier mag genügen,

kehrt, indem man die Entstehung der Servitut aus einem bloßen Vertrag läugnet, die Analogie des Pfandrechts verwirft, indem dieses kein jus in re, sondern obligatio sei[66]). Der

auf die darin gegebene unzweideutige Zusammenstellung des ususfructus und der persecutio pignoris aufmerksam zu machen, „quæ nulla societate dominii conjungitur, sed sola conventione constituitur." Vgl. unten Not. 91.

66) Aus dem vorhin über die Stelle des Paulus Not. 64. Gesagten ergiebt sich schon, daß ich diese Stelle so wenig als Unterstützungsgrund für die Ansicht, daß durch bloßen Vertrag eine Servitut nicht entstehen könne, gelten lassen werde, als ich zugeben kann, daß man den bekannten kaiserlichen Ausspruch in l. 20. cod. de pactis (2, 3.): „Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur," mit dieser Frage in Verbindung bringen dürfe, da diese Verbindung eben sowohl durch den Ausdruck: dominia rerum, als durch das transferuntur ausgeschlossen ist. Von einem transferre kann denn doch nur die Rede sein, wo Etwas, das schon existirt, auf einen Andern übergeht; die Servitut aber, welche bestellt wird, existirte vorher noch gar nicht, und von einer translatio servitutis kann bekanntlich gar nicht gesprochen, die Stelle mithin auf Servituten um so weniger bezogen werden, als was hier von traditio gesagt ist, in demselben Maaße von usucapio gilt, letztere aber auf Servituten keine Anwendung leidet. Im Uebrigen trete ich ganz der trefflichen Ausführung von Puchta (Cursus der Institutionen Bd. II. S. 776. ff.) bei und will nur zu dem dort bereits Gesagten über die Verbindung von pacta und stipulationes Folgendes bemerken: Neben der Neigung der Menschen, so wenig wie möglich umsonst zu geben, bedarf es keine weitläufige Ausführung, daß ein Eigenthümer in der Regel seine Sache nicht ohne Vergeltung mit Servituten belasten wird. Die Geschäfte, durch welche Servituten zugesagt werden, sind daher in der Regel onerose Geschäfte und der Grundtypus derselben wird der Kauf sein, indem der Eigenthümer einem Andern die Beschränkung seines Eigenthums durch eine Servitut verkauft. Begreiflich hat auch ein solcher Kaufcontract die allgemeine rechtliche Natur dieses Vertrags, durch welchen vom Käufer nur obligatorische Rechte gegen den Verkäufer erworben werden, der sich dadurch zu einem tradere verpflichtet. (Vgl. z. B. l. 11. §. 2. D. de A. E. et V. (19. 1.): „Et imprimis ipsam rem praestare vendi-

weitere Umstand, daß alle übrigen nicht aus Vertrag, sondern aus andern Entstehungsgründen herrührenden Pfand-

torem oportet, id est, tradere etc." mit l. 6. §. 5. D. eod: „Si tibi iter vendidero, ita demum auctorem me laudare poteris, si tuus fuerit fundus, cui adquirere servitutem volueris etc.") Von einer Tradition kann aber nur bei solchen Gegenständen die Rede sein, welche auch wirklich tradirt werden können, an welchen Besitz möglich ist. Ist nun der Gegenstand von der Art, daß eine Tradition nicht denkbar ist, so muß an die Stelle der Tradition irgend ein Surrogat treten, damit der Kaufvertrag erfüllt werde. So ist es z. B., wenn eine Forderung Gegenstand des Verkaufs ist. Der Gläubiger kann natürlich sein Forderungsrecht nicht tradiren; deshalb tritt die Cession der Klage an die Stelle der Tradition, und ist eine hereditas Gegenstand des Kaufvertrags, so können nur die res corporales tradirt, die darin befindlichen Forderungen aber müssen cedirt werden (l. 14. §. 1. D. de heredit. vend. [18. 4.]). Da nun Servituten nicht als körperliche Sachen gelten, so können sie auch nicht eigentlich besessen und tradirt werden, und erst als die juris quasi possessio aufkam, konnte der Verkauf einer Servitut durch quasi traditio erfüllt werden. In der Zeit aber vor der Anerkennung einer juris quasi possessio hatte sich ein Surrogat der Tradition gebildet, das nach dem allgemeinen Entwicklungsgang des römischen Rechts, in welchem das Alte neben dem aufgekommenen Neuen bestehen blieb, obwohl es durch letzteres eigentlich überflüssig geworden war, auch in der Anwendung fortwährend neben der quasi traditio vorkam. Dieses Surrogat ist eine Pönalstipulation, der sich der Verkäufer einer Servitut als promissor unterwarf. Er versprach nämlich unter Strafe, dafür zu sorgen, daß der Käufer in der Ausübung der Servitut nicht gestört werde. Unmittelbar bestätigt ist diese Auffassung der stipulatio beim Verkauf der Servituten von Javolenus in l. 28. D. de servitt. (8. 1.), wo er sagt: „Quotiens via aut aliquod jus fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quominus eo jure uti possit, quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset. Ego puto, usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt." Wo möglich noch deutlicher spricht diesen Zusammenhang in l. 3. §. 2. D. de actt. E. et V. (19. 1.) Pomponius aus, wenn er sagt: „Si iter, actum, viam, aquæductum per tuum

rechte als gleichsam aus Verträgen entsprungen, in den Quellen dargestellt würden, muß hienach um so bedentungsloser erscheinen, als diese Bemerkung bei dem letzwillig bestellten Pfandrecht jedenfalls nicht einmal zutrifft. Auch hat Sintenis die Behauptung, daß die letztwillige Bestimmung, eine Sache des Erblassers solle für eine Schuld verpfändet sein, nichts weiter sei, als der Anfang eines schriftlich eingegangenen Pfandvertrags, dessen Vollendung von der Annahme des Gläubigers abhänge, neuerlich selbst wieder zurückgenommen [67]).

§. 8.

Als zweiter innerer Grund wird für die obligatorische Natur des Pfandrechts angeführt, daß es, wie Büchel [68]) sagt, keinen Besitz des Pfandrechts gebe, oder wie

---

fundum emero, vacuæ possessionis traditio nulla est: itaque cavere debes, per te non fieri, quominus utar." Hieraus erklärt sich aber vollkommen, wie in den Quellen so oft gesagt werden kann, daß die Servituten pactionibus et stipulationibus bestellt würden, und daß diese Stipulationen praktisch blieben, hängt nicht bloß damit zusammen, daß die Römer sich von jenem Surrogat, an das sie einmal gewöhnt waren, nicht trennen wollten, sondern hat auch noch eine dem praktischen Bedürfniß entsprechende Bedeutung. Es ist hier nämlich wie bei dem Kauf einer res corporalis, bei welchem auch stipulationes (duplæ) vorkamen, die neben der allgemeinen Verpflichtung des Verkäufers, Eviction oder Fehler zu präſtiren, von großem Werth für den Käufer waren (vergl. z. B. l. 11. §. 4. 8. 9. 12. 14. D. de act. E. et V. [19. 1.]). Der Werth aber besteht in unserem Falle darin, daß der Servitutberechtigte im Fall einer Störung sich sogleich an den Besteller der Servitut hinsichtlich der stipulirten Strafe halten konnte, ohne den ihm zugefügten Schaden vorher beweisen zu müssen.

67) Sintenis, das practische gemeine Civilrecht Bd. I. S. 621. Not. 35. vergl. in l. 26. pr. D. de pign. act. (13. 7.) die Worte: „testamento quoque pignus constitui posse." v. Vangerow Leitfaden Bd. I. S. 765.

68) Natur des Pfandr. S. 44—65.

Sintenis[69]), daß am Pfandrecht kein Quasibesitz statt finde, wohl aber an den andern, sonst dinglich genannten Rechten. Da nämlich bei Obligationen, als bloßen Beziehungsverhältnissen privatrechtlich von einander unabhängiger Subjecte, so erklärt dies Büchel, überhaupt kein Besitz statt finde, so habe auch beim Pfandrecht, welches ja gleichfalls nur ein solches Beziehungsverhältniß sei, ein Besitz nicht angenommen werden können. — Was diesen Beweisgrund betrifft, so verdient er gegenüber von dem Satz, daß das Pfandrecht obligatio sei, den Namen eines Beweisgrundes weniger, als vielmehr die angebliche obligatorische Natur des Pfandrechts in Büchels Argumentation den Erklärungsgrund dafür bildet, daß es keinen Besitz des Pfandrechts gebe. So faßt in der That v. Vangerow die sämmtlichen inneren Gründe für die obligatorische Natur des Pfandrechts auf, auch den schon besprochenen, daß es durch bloßen Vertrag entstehe, indem er sagt, die Eigenschaft des Pfandrechts als obligatio rei werde mehr noch als durch die Terminologie durch viele einzelne Rechtssätze bewiesen, welche sich nur gehörig aus der Natur des Pfandrechts als einer obligatio rei erklären ließen[70]). Dies sind dann aber nur indirecte Beweisgründe, welche allen Werth für das zu Beweisende verlieren, wenn dieselben auf andere Weise erklärt werden können, und dadurch der Schluß von der Supposition auf das zu Erklärende als nothwendig aufgehoben wird. Wie ich nun oben den ersten innern Grund für die obligatorische Natur des Pfandrechts, nämlich den, daß es durch bloßen Vertrag entstehe, damit zu entkräften versuchte, daß diese Entstehung aus Vertrag auf andere Weise erklärt werden könne, als daß das Pfandrecht obligatio sei, so wird es auch gelingen, den wahren Grund nachzuweisen, warum es einen Besitz des Pfandrechts nicht giebt. Einmal soll gar nicht geläugnet werden, daß die Natur der obligatio, welche das Principale des Pfandrechts ist, Einfluß auf das Accesso-

---

69) Handbuch des Pfandrechts. S. 11.

70) v. Vangerow a. a. O. S. 735.

rium habe, und daß man deshalb recht gut anerkennen möge, der dauernde Zustand der Herrschaft, welcher das Wesen des Besitzes ausmacht, lasse sich nicht wohl bei einem Rechte denken, dessen Existenz von einem so flüchtigen Principale wie die Obligation abhängig ist, welche ihr Ende schon in der Erreichung ihres Zweckes trägt. Sodann aber, und darauf ist allerdings Gewicht zu legen, ist es gar nicht eine Eigenthümlichkeit aller jura in re, daß an ihnen Quasibesitz statt finde. Dies ist nur der Fall bei den Servituten und, wie ich wenigstens nach v. Savigny annehme, bei dem servitutenähnlichen Recht der Superficies. Dagegen unterliegt es keinem Zweifel, daß bei der Emphyteuse eine wahre possessio, eine corporis, nicht juris, possessio statt findet[71]. Finden wir nun, daß da, wo corporis possessio angenommen wird, eine juris quasi possessio nicht vorkommt, wie wir umgekehrt behaupten dürfen, daß eine corporis vera possessio nicht statt finde, wo juris quasi possessio angenommen wird, so dürfen wir schon hieraus erwarten, daß der Pfandgläubiger nicht juris quasi possessio haben werde. Denn wo er besitzt, da ist sein Besitz corporis possessio, die zwar nicht zur Usucapion führt, aber sonst alle Wirkungen des wahren juristischen Besitzes hat[72]. Dies gilt nicht blos vom Faustpfandgläubiger, sondern auch vom creditor hypothecarius, welcher den Besitz der verpfändeten Sache vermittelst der hypothekarischen Klage erlangt hat. Zwar läugnet man dies häufig[73], aber doch wohl nicht mit Recht, da vom hypothekarischen Gläubiger gesagt wird: „possidet[74]," und Papinian vom kla-

---

71) l. 15. §. 1. D. qui satisdare cogantur (2. 8.): „Sed et qui vectigalem (id est emphyteuticum) agrum possidet, possessor intelligitur." Wenn auch die in Klammer gesetzten Worte ein Emblema sind, so folgt daraus doch nicht, daß erst Justinian dem Emphyteuta vera corporis possessio beigelegt habe. Vgl. v. Vangerow a. a. O. S. 277.

72) l. 16. D. de usurpatt. (41. 3.) l. 37. D. de pignerat. act. (13. 7.) l. 1. §. 15. D. de acquir. poss. (41. 2.)

73) v. Savigny Bes. S. 337. v. Vangerow a. a. O. S. 276.

74) l. 12. pr. D. qui potiores (20. 4.)

genden Pfandgläubiger lehrt: „nudam possessionem avocat[75]),“ was keineswegs auf bloße Detention gedeutet werden darf, da nudam possessionem avocare im Gegensatz zu dem Fall steht, wenn das Recht selbst genommen wird, gerade wie Ulpian die Hypothek durch eine Negation der possessio definirt: „cum non transit nec possessio ad creditorem[76]).“ Ein weiterer Grund für die Gleichstellung des zum Besitz gelangten Hypothekargläubigers mit dem Faustpfandgläubiger ergiebt sich aus dem Interdictum salvianum, welches adipiscendæ possessionis ist[77]). Endlich folgt auch daraus, daß das prätorische Pfandrecht nicht juristischen Besitz gewährt, Nichts gegen die hier vertheidigte Ansicht, da dies nur aus der allgemeinen Natur der missio in possessionem und dem damit verknüpften noch vortheilhafteren Interdictum ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit folgt[78]), während das pignus in causa judicati captum, als ganz aus dem alten pignus entsprungen, wirklichen Besitz involvirt[79]). — Fragen wir nun aber gleichwohl, worin der innere Grund des Unterschieds zwischen Servituten, neben welchen eine juris quasi possessio hergeht, und dem Pfandrecht liege, neben welchem eine solche juris quasi possessio nicht statt findet, so muß allerdings auf den sehr wesentlichen Unterschied zwischen Pfandrecht und den übrigen dinglichen Rechten aufmerksam gemacht werden, der darin liegt, daß bei letztern es sich um eine körperliche Einwirkung des Berechtigten auf die dienende Sache handelt, von Etwas, das in die Sinne fällt und deshalb bloß als res facti vorkommen kann[80]), während bei ersterem der ganze

75) l. 66. pr. D. de evictt. (21. 2.)

76) l. 9. §. 2. D. de pign. act. (13. 7.)

77) Cajus IV, 147.

78) v. Savigny a. a. O. S. 325.

79) Vgl. oben Note 7. Ueber den Besitz des creditor hypothecarius, der nach Pfandrecht in den Besitz des Pfandes gekommen ist, hat dieselbe Ansicht Sintenis Handb. S. 230. und das practische gemeine Civilr. Bd. I. S. 618. Note 16.

80) Es könnte scheinen, als seien die negativen Servituten auszu-

Gehalt des Rechts nur auf eine rechtliche Verfügung geht, welche, sobald sie ausgeübt wird, zur corporis possessio führt. Nun läßt sich sehr wohl neben dem Recht auf eine körperliche Einwirkung eine bloße Ausübung desselben denken, während eine bloße Ausübung der rechtlichen Verfügung, getrennt vom Recht, nicht gedacht werden kann, ohne die Begriffe zu verkehren und ohne in das Gebiet der corporis possessio zu gelangen. — Es ist demnach auch keine Folge aus der obligatorischen Natur des Pfandrechts, daß dasselbe nicht ersessen werden kann, sondern nur eine Folge des Mangels der juris quasi possessio, welche mit diesem denselben angedeuteten höhern Grund hat und es mag hierin eben eine Aehnlichkeit mit der obligatio gefunden werden, ohne daß die Identität beider Verhältnisse zu folgern wäre; denn auch andere Rechte, für welche nie von gründlichen Juristen eine obligatorische Natur behauptet worden ist, können nicht durch Ersitzung erworben werden, aus dem einfachen Grunde, weil neben ihnen nach römischer Ansicht ein Besitz nicht hergeht, z. B. Ehe[81]), väterliche Gewalt, tutela ꝛc. — Ganz ebenso verhält es sich mit der Unzulässigkeit der publiciana in rem actio für den Pfandgläubiger. Nicht weil Obligationen nicht Gegenstand der Vindication sein können[82]), steht dem Pfandgläubiger die publicianische Klage nicht zu, sondern weil es einerseits keinen Besitz des Pfandrechts giebt, und dem besitzenden creditor

---

nehmen, weil hier der Berechtigte nicht unmittelbar selbst auf die dienende Sache einwirkt; allein die Sache erleidet dadurch doch eine sichtbare Einwirkung, daß eine, wenn auch nothwendige, oder wünschenswerthe Veränderung mit ihr nicht vorgenommen, daß z. B. das Haus nicht höher gebaut werden darf, oder die vorgenommene Veränderung wieder aufgehoben werden muß.

81) Freilich findet sich bei der alten strengen Ehe ein usus; allein durch diesen wird nicht die Ehe, sondern die manus begründet. Cajus I, 110. 111.

82) Büchel a. a. O. S. 60.

die opinio domini abgeht[83]), andererseits weil die serviana oder hypothecaria actio den Gläubiger, dem die Sache von einem Nichteigenthümer verpfändet wurde, eben so schützt, wie diesen die publicianische Klage[84]); denn bei Constituirung des Pfandrechts kommt es nur darauf an, daß der Verpfänder im Sinne des prätorischen Rechts zu verpfänden berechtigt war und dies ist beim bonae fidei possessor ebenso der Fall, wie beim Eigenthümer[85]). Eben so wenig kann zugegeben werden, daß das Nichthinwegfallen des Pfandrechts durch die vollendete usucapio der verpfändeten Sache von Seiten eines Dritten[86]) eine Folge der obligatorischen Natur des Pfandrechts und deshalb ein Beweis für dieselbe sei[87]). Allerdings gehen durch usucapio die Forderungsrechte niemals verloren, und da dies auch beim Pfandrecht der Fall ist, so ergiebt sich hierin wieder eine Aehnlichkeit des Pfandrechts mit der obligatio, ohne daß die Gleichheit der rechtlichen Natur daraus gefolgert werden darf. Den besten Beweis liefert die longi temporis praescriptio. Dieselbe umfaßt auch das Pfandrecht, so daß mit Vollendung des longum tempus die auf der Sache ruhenden Pfandrechte erlöschen müssen[88]), was sich leicht daraus erklärt, daß, was für die directa rei vindicatio gilt, auch für die utilis vindicatio des Pfandgläubigers gelten muß. Dagegen leidet es keinen Zweifel, daß durch die longi temporis praescriptio keineswegs Forderungsrechte, deren Gegenstand die ersessene Sache ist, untergehen[89]). Wie wenig aber auf die obliga-

83) l. 13. §. 1. D. de publ. in rem act. (6. 2.) l. 22. §. 1. D. de noxalib. actt. (9. 4.)

84) l. 18. 21. §. 1. D. de pignorib. (20. 1.)

85) Vgl. hierüber die treffliche Ausführung bei Büchel S. 122. ff.

86) l. 44. §. 5. D. de usurpatt. (41. 3.) l. 7. cod. de pignorib. (8. 14.)

87) Büchel S. 61. ff.

88) l. 1. und 2. cod. si advers. creditorem præscriptio oppon. (7. 36.)

89) l. 5. cod. quib. non objicit. l. t. præscr. (7. 35.) l. 3. cod. in quibus causis cess. l. t. præscr. (7. 34.) l. 1. cod. si advers. creditorem (7. 36.)

torische Natur des Pfandrechts daraus geschlossen werden darf, daß dasselbe von der usucapio nicht ergriffen wird, wie wenig überhaupt die gleiche Erscheinung bei der Obligation und dem Pfandrecht hier beweise, dies geht auch daraus hervor, daß was vom Pfandrecht gilt, ebenso bei den Servituten Rechtens ist[90]) und, was noch mehr sagen will, daß unsere Quellen die Fortdauer des Pfandrechts troß der vollendeten usucapio unmittelbar mit der gleichen Fortdauer der Servituten zusammenstellen und jene aus dieser erklären. So sagt Papinian:

„Non mutat usucapio superveniens pro emtore, vel pro herede, quo minus pignoris persecutio salva sit. Ut enim ususfructus usucapi non potest: ita persecutio pignoris, quae nulla societate dominii conjungitur, sed sola conventione constituitur, usucapione rei non perimitur[91]).“

Warum aber das Pfandrecht durch die usucapio nicht ergriffen wird, während das Gegentheil bei der longi temporis praescriptio statt findet, dies hat Büchel viel besser als aus der obligatorischen Natur desselben aus dem prätorischen Ursprung des Pfandrechts abgeleitet, indem Erlöschungsgründe, die nur dem Civilrecht angehörten, bei bloß prätorischen Instituten unwirksam sein mußten.

§. 9.

Als dritter innerer Grund für die obligatorische Natur des Pfandrechts wird angeführt, daß das Pfandrecht nicht per procuratorem soll erworben werden können[92]). Ganz abgesehen davon, daß dieser Satz antiquirt und deshalb im neuesten Justinianischen Recht bedeutungslos geworden ist[93]), haben wir im besten Fall für das

90) l. 17. §. 2. D. de usufr. (7. 1.) Vgl. l. 19. D. quib. mod. usufr. amitt. (7. 4.)
91) l. 44. §. 5. D. de usurpatt. (41. 3.)
92) Büchel a. a. O. S. 65. ff. Sintenis Hdb. S. 221. ff.
93) l. 2. cod. per quas person. (4. 27.)

ältere Recht hier wiederum einen Anhalt zur Vergleichung des Pfandrechts mit der obligatio; ob aber die obligatorische Natur des Pfandrechts aus jenem Satze gefolgert werden dürfe, ob nicht vielmehr ein tiefer liegender Grund diesen Satz bei Obligationen und Pfandrechten gleichmäßig bewirkte, ist mehr als zweifelhaft. Dieser bei beiden wirkende Grund ist aber kein anderer, als daß das Pfandrecht sowohl als die obligatio des Besitzes entbehrt, da es unzweifelhafte Regel des ältern Rechts ist, daß durch Mittelspersonen, welche von der Gewalt des Vertretenen unabhängig sind, nichts erworben werden konnte, als der Besitz, also auch kein Recht, dessen Erwerb nicht durch den Erwerb des Besitzes bedingt war, eine Regel, welche Diocletian und Maximian in dem folgenden Rescript aussprechen:

„Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius juri non est subdita, nihil acquiri posse, indubitati juris est [94]),"

und welche noch Justinian in den Institutionen aufstellt [95]). Es ist demnach die ältere Unzulässigkeit einer freien Stellvertretung für den Erwerb des Pfandrechts nur eine weitere Folge des beim zweiten Hauptgrund Ausgeführten. Eben damit hängt allerdings zusammen, daß das Pfandrecht nicht so an andere veräußert werden kann wie Eigenthum oder Emphyteuse [96]); aber nicht weil hierin die rechtliche Natur der obligatio wirkt, ist diese Art der Unveräußerlichkeit vorhanden, sondern aus einem Grunde, der eben so bis zu einem gewissen Grade auch beim Usufructus wirkt. Der Usufructuar kann sein Recht nicht veräussern, wiewohl er die Ausübung desselben einem andern überlassen kann. Diese Veräusserung ist die der Quasipossessio, welche auch noch durch Cession der confessorischen Klage verstärkt werden kann. Da nun aber aus den schon erörterten Gründen eine Quasipossessio beim Pfandrecht nicht statt findet, so kann der Pfand-

94) l. 1. cod. per quas personas (4. 27.)
95) §. 5. Inst. per quas person. (2. 9.)
96) Büchel a. a. O. S. 70.

gläubiger nicht die Ausübung des Pfandrechts einem Andern überlassen, sondern nur die Klage demselben cediren. Diese Cession der Klage ist aber zur Veräusserung des Pfandrechts praktisch vollkommen hinreichend, da durch die Klage und was auf sie folgt (Besitzergreifung und Veräusserung) der letzte Zweck des Pfandrechts vollständig erfüllt ist. Es können demnach diese Erscheinungen beim Pfandrecht gründlich erklärt werden, ohne aus der obligatorischen Natur zu argumentiren, beziehungsweise auf diese zurückzuschließen. Dabei ist indessen doch immer zu beachten, daß unsere Quellen jene Cession der Pfandklage gerade als die Veräusserung des Pfandrechts bezeichnen. So rescribirt Alexander:

> „Potuisti sane, cum fisco solveres, desiderare, ut jus pignoris quod fiscus habuit in te transferferretur: et si hoc ita factum est cessis actionibus uti poteris. Quod et in privatis debitis observandum est [97].“

und Diocletion und Maximian erklären:

> „Intercessorem postulantem cedi sibi hypothecae sive pignoris obligata jure, non prius ad solutionem, nisi mandata super hac re fuerit persecutio, convenit urgeri [98].“

Auch Severus und Antoninus sagen vom Pfandgläubiger, der sich an den Bürgen hält: „debet jus pignorum in eum transferre [99].“

§. 10.

Als vierter innerer Grund für die obligatorische Natur des Pfandrechts wird angeführt, dasselbe könne nicht, wie die Servitut, bei Uebertragung des Eigenthums in der Art vorbehalten werden, daß es als im Moment der Uebertragung des Eigenthums bei dem frühern Eigenthümer zurückgeblieben erscheine, sondern stets nur

97) l. 11. cod. de fidejussorib. (8. 41.)
98) l. 21. cod. eod.
99) l. 2. cod. eod.

in der Art, daß es in Folge eines solchen Vorbehalts doch nur als zuerst von dem neuen Eigenthümer bestellt betrachtet werde [100]. — Angenommen, aber nicht zugegeben, daß ein Pfandrecht vom Veräusserer der Sache nicht reservirt werden könne, was wäre damit wirklich bewiesen? Doch wohl nichts weiter als eine Unterscheidung zwischen der rechtlichen Natur der Servitut und jener des Pfandrechts, keineswegs aber die obligatorische Natur des letztern. Denn daß mit Veräusserungen obligatorische Nebenverträge verbunden werden können, durch welche der Anfang einer Obligation von dem Uebergang des Eigenthums datirt wird, ja daß selbst stillschweigend in dem Abschluß des obligatorischen Vertrags der Uebergang des Eigenthums liegen soll, beweist die Möglichkeit des constituti possessorii überhaupt, und insbesondere der Fall desselben zur Genüge, wenn dadurch, daß der Eigenthümer seine eigne Sache miethet [101], auf den Vermiether das Eigenthum und der Besitz stillschweigend übergeht [102]. Es wäre daher nur eine Singularität, wenn das Pfandrecht nicht in einer Weise wie Servituten und Obligationen entstehen könnte. Allein diese Singularität existirt nicht. Der Beweis dafür soll nämlich in einer Stelle Ulpians [103] liegen, worin ein Minderjähriger als Käufer eines Grundstücks auf Credit zur Sicherheit für den Kaufpreis das Grundstück dem Verkäufer verpfändet. „Non puto, sagt der Jurist, pignus valere; nam ubi dominium quaesitum est minori, coepit non posse obligari.“ Vor Allem ist zu bemerken, daß wir meines Wissens außerdem nicht eine einzige Stelle in unsern Quellen haben, in welcher von der reservatio hypothecae die Rede wäre. Nun soll aber diese Stelle die Unmöglichkeit einer solchen Reservation begründen. Dies wäre ein für das praktische Recht höchst folgereicher Satz

---

100) Büchel a. a. O. S. 74. ff. Sintenis Hdb. S. 209.

101) Dies ist an sich rechtlich eben so unmöglich als Pfandrecht an der eigenen Sache: l. 45. D. de R. J. (50. 17.)

102) l. 77. D. de R. V (6. 1.)

103) l. 1. §. 4. D. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9.)

und die täglich vorkommenden pacta reservatae hypothecae müßten eine ganz andere Bedeutung erhalten, als ihnen in der Praxis beigelegt wird. Allein es ist geradezu zu läugnen, daß die Reservation eines Pfandrechts eine andere rechtliche Natur habe, als jene einer Servitut. Stellen wir uns nur die Frage, ob der Fall in unserer Stelle von Ulpian anders entschieden worden wäre, wenn der Minor sich darauf eingelassen hätte, dem Verkäufer des Grundstücks die Reservation einer Servitut zuzugestehen. Es ist hieran mit vollem Recht zu zweifeln; der Grund nämlich, warum Ulpian das Pfandrecht für nichtig erklärt, ist, wie auch Büchel anerkennt, kein anderer, als weil die Verpfändung eine Veräusserung ist [104]), Grundstücke aber ohne obrigkeitliches Decret von Minderjährigen selbst nicht mit dem Beistand ihrer Vormünder gültig veräussert werden können. Ebenso ist die Bestellung einer Servitut Veräusserung [105]), und erfordert demnach, wenn die dienende Sache ein Grundstück ist, ein Decret der Obrigkeit [106]). Hätte nun der Minor ein Grundstück unter der Bedingung gekauft, daß dem Verkäufer daran der Usufructus oder eine andere werthvolle Servitut zustehen solle, so müßte dieser Fall ganz nach Analogie unserer Stelle beurtheilt, also die deductio für ungültig erklärt werden. Zwar könnte man sagen, der Minderjährige habe ja schon das Eigenthum als mit der Servitut belastet erworben, es sei das bloße Minus eines Erwerbs, wozu, wie zu jedem Erwerb ein obrigkeitliches Decret nicht nothwendig wäre. Allein denselben Einwand macht gegen die Ansicht Ulpians Paulus in einer absichtlich mit dessen Stelle in Verbindung gebrachten, wenn er sagt: „Sed hic videtur illud movere, quod cum dominio pignus quaesitum est, et ab initio obligatio inhaesit [107]).“ Er nimmt daher als gewiß an, daß mit dem Eigenthum eben so wie die Belastung

104) l. 7. cod. de reb. alien. non alienand. (4. 51.)
105) l. 7. cod. cit.: „sed etiam ususfructus dationem.“
106) l. 3. §. 5. D. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9.)
107) l. 2. D. eod.

durch die Servitut, die Belastung durch Pfandrecht übergegangen sei, also das Pfandrecht von Anfang an auf der Sache gehaftet habe. Was hienach als Zweifelsgrund gegen Ulpians Ansicht aufgestellt ist, ist nothwendig an sich richtig; nur wird dadurch, wie der Verlauf der Stelle beweist, der Inhalt der vorhergehenden nicht aufgehoben, indem der Jurist seinen Zweifel nicht löst, und eben dadurch Ulpians Ausspruch troß des Einwandes in seiner vollen Wirksamkeit stehen läßt. Hiemit zeigt er, daß die Consequenz gegen singuläre Vorschriften nicht aufkomme, weshalb er der Singularität, die aus der Eigenschaft des Käufers als Minderjährigen hervorgeht, nur eine andere und zwar stärkere Singularität entgegenstellt, indem er fortfährt: „Quod si a fisco emerit, nec dubitatio est, quin jus pignoris salvum sit.“ Begreiflich! Denn zu Paulus Zeit existirte das gesetzliche Pfandrecht des Fiscus schon [108]); dieses entsteht ipso jure und beginnt deshalb an dem gekauften Grundstück, so wie dasselbe ins Eigenthum des minderjährigen Käufers kommt. Hier ist demnach keine conventionelle Verpfändung, welche allein unter den Begriff der Veräusserung fällt, sondern ein nothwendiges Pfandrecht. Wird dagegen der Kaufcontract vom Minor mit einem Privaten unter der von Ulpian gesetzten Bedingung abgeschlossen, so kann nur die kaiserliche Gnade bewirken, daß die versäumte Einholung eines obrigkeitlichen Decrets gut gemacht werde und das Pfandrecht convalescire. „Si igitur, schließt Paulus, talis species in privato venditore inciderit, imperiali beneficio opus est, ut rescripto pignus confirmetur.“ Würde aber, so kann man nun wohl fragen, etwas Anderes gelten, wenn es sich nicht um reservirtes Pfandrecht, sondern um eine reservirte Servitut handelte? Könnte Paulus seinen Einwand in diesem Fall anders formiren, müßte er nicht auch sagen: „sed hic videtur illud movere, quod cum dominio servitus quaesita est, et ab initio inhaesit?“ Denn der Jurist hat doch wohl

108) Glück Erläuterungen Bd. XIX. S. 66.

seinen Zweifel nicht aus der Luft gegriffen, und jedem vernünftigen Zweifel liegt eine Wahrheit zum Grunde, wenn sie auch entweder in concreto unrichtig angewendet, oder durch Singularität ausgeschlossen wird. Wenn hienach die Unmöglichkeit einer reservatio hypothecae geläugnet werden muß, so fällt auch dieser Beweisgrund für die obligatorische Natur des Pfandrechts zusammen.

§. 11.

Als fünfter innerer Grund für die obligatorische Natur des Pfandrechts wird von Büchel angeführt die Möglichkeit eines Pfandrechts an eigner Sache[109]. Eine obligatio setze nämlich ihrem Begriffe nach wesentlich zwei von einander unabhängige Personen voraus und könne deshalb da nicht begründet werden, wo der zu Verpflichtende der privatrechtlichen Herrschaft des Gläubigers unterworfen sei, sie müsse demnach auch da erlöschen, wo der früher wirklich Obligirte später der privatrechtlichen Herrschaft des Gläubigers unterworfen werde. So wenig daher eine obligatio zwischen dem Herrn und seinem Sclaven, oder dem Hausvater und dem Hauskinde statt finden könne, eben so wenig könne dem Eigenthümer an seiner Sache eine obligatio zustehen und so wie die obligatio, welche früher zwischen den von einander unabhängigen Personen statt gefunden, mit der Unterwerfung des Verpflichteten unter die privatrechtliche Herrschaft des Berechtigten erlösche, eben so müsse das Pfandrecht als obligatio rei erlöschen, wenn der frühere Pfandgläubiger das Eigenthum der ihm verpfändeten Sache erwerbe. So wie es aber Fälle gebe, wo der Herr oder Hausvater schon während bestehender Gewalt, wenigstens nach der vom Prätor berücksichtigten Aequitas, als Gläubiger des Sclaven oder Haussohns betrachtet werde, so könne es auch Fälle geben, wo der Eigenthümer seiner eignen Sache gegenüber als Pfandgläubiger erscheine. Dies komme

---

109) Büchel a. a. O. S. 85. ff.

in unsern Quellen da vor, wo die Sache an mehrere verpfändet und dadurch gleichsam als selbstständig hingestellt worden und nun Einer von diesen, jedoch nicht zum Zwecke seiner Befriedigung, das Eigenthum der verpfändeten Sache erwerbe. Diese Argumentation hat sich indessen Sintenis nicht angeeignet, theils indem er schon früher im Allgemeinen gegen das Bestehen des Pfandrechts neben dem Eigenthum sich erklärte, wenigstens für die Fälle, wo Jemand, der sein Pfandrecht kenne, die Sache erwerbe, auch die Stellen, worin man Ausnahmen finden wollte, nicht aus dem Gesichtspunkt eines bestehenden Pfandrechts auffaßte, sondern aus der Billigkeit, welche aber keine Klage, sondern nur eine Exceptio begründe, die freilich nach Umständen im Gewande einer Replik erscheinen könne [110]), theils indem er die subjective Eigenschaft des Pfandobjeets läugnet [111]), womit allerdings Büchels Argumentation unverträglich ist. — Es würde mich zu weit führen, wenn ich hier auf die Natur des Pfandrechts an eigner Sache eingehen wollte; es wird für meinen Zweck genügen, wenn ich die Unzulässigkeit der Durchführung dieser Vergleichung des Pfandes mit dem Haussohn oder Sclaven nachweise und damit zeige, daß auf keinen Fall das Pfandrecht an eigner Sache ein Beweis für die obligatorische Natur des Pfandrechts sein könne, möge es sonst gestaltet sein, oder erklärt werden, wie es immer wolle. Büchels Argumentation ist aber verfehlt, weil sie gerade, wo sie schlagend sein sollte, eine Lücke hat, die ihr alle Schlüssigkeit nimmt. Allerdings muß anerkannt werden, daß zwischen Herrn und Sclaven, zwischen Vater und Kind obligatio und actio nicht möglich sei [112]), eben so muß anerkannt werden, daß da, wo zwischen zwei Personen aus dem angegebenen Grunde eine obligatio unmöglich ist, gleichwohl zuweilen eine obligatio angenommen werde, sobald jenes Band gelöst

---

110) Pfandrechtliche Streitfragen Hft. I. S. 78. ff. Vgl. auch das practische gemeine Civilrecht Bd. I. S. 611.

111) Hdb. S. 96. ff. 101. Not. 1.

112) §. 6. Inst. de inutilib. stipulatt. (3. 19. [20.]).

ist[113]), endlich muß anerkannt werden, daß sogar während der Gewalt der Herr oder Vater in Beziehung auf ein Peculium als Gläubiger des Sclaven oder Haussohns betrachtet werden könne[114]). Giebt es nun aber auch einerseits Fälle, in welchen eine Obligation fortbestehen bleibt, wenn Gläubiger und Schuldner in das Verhältniß der Herren- oder väterlichen Gewalt zu einander treten[115])? Giebt es andrerseits Fälle, in welchen der Eigenthümer seine eigne Sache sich selbst verpfänden kann[116])? Beides müßte möglich sein, um in Büchels Sinn das Pfandrecht an eigner Sache aus der obligatorischen Natur des Pfandrechts erklären zu dürfen; gerade diese Parallele fehlt aber, und damit stürzt der ganze Bogen zusammen, welcher beide Verhältnisse verbinden soll; dem Bogen fehlt der Schlußstein. Denn das Pfandverhältniß soll nach Büchel die obligatio zwischen dem Pfand und dem Gläubiger sein, welche voraussetzt, daß die Sache nicht schon in der totalen Gewalt — im Eigenthum — des Gläubigers steht, wie die personalis obligatio voraussetzt, daß das eine Subject dem andern nicht unterworfen, nicht in dessen Gewalt sei. Erwirbt nun der Gläubiger das Eigenthum an dem Pfand, unterwirft er es also seiner absoluten Herrschaft, so soll gleichwohl in gewissen Fällen das Pfand dem Gläubiger verhaftet bleiben; keineswegs aber bleibt auch die Obligation bestehen, wenn die eine von den bisher unabhängigen zwei Personen in die Gewalt der andern kommt (Not. 115). Die Entstehung einer Schuld des Sclaven oder Haussohns gegen den Herrn oder Vater ist ausnahmsweise durante potestate möglich; keineswegs ist aber auch die Erwerbung eines Pfandrechts an einer Sache

113) l. 38. §. 1. 2. l. 64. D. de condict. indebiti (12. 6.)

114) §. 4. Inst. quod cum eo qui in aliena potest. (4. 7.) verb.: „quicquid servus domino .. debet.“ l. 9. §. 2. 4. 6. l. 11. §. 9. l. 52. pr. D. de peculio (15. 1.)

115) §. 6. Inst. de noxalib. actt. (4. 8.) l. 37. D. eod. (9. 4.) l. 18. 64. D. de furtis (47. 2.)

116) l. 45. D. de R. J. (50. 17.) l. 33. §. 5. D. de usurpatt. (41. 3.)

möglich, die in dem Augenblick, in welchem das Pfandrecht entstehen soll, im Eigenthum des Gläubigers steht (Not. 116). So weit aber mußte Büchel die Vergleichung durchführen dürfen, um uns zur Anerkennung seiner Folgerung zwingen zu können. Diese letzten Glieder der Vergleichung läßt er aber unerwähnt, und damit verliert sein Grund für die obligatorische Natur des Pfandrechts alle Bedeutung.

§. 12.

Der sechste innere Grund für die obligatorische Natur des Pfandrechts soll darin zu finden sein, daß das Pfandrecht als dingliches Recht bloß in der Pfandklage bestehe, und demnach mit dem Hinwegfallen der Pfandklage von selbst aufhöre [117]). Auch dieser Grund wird von Büchel nur aus der von ihm behaupteten obligatorischen Natur des Pfandrechts abstrahirt; er ist demnach so wenig ein directer Beweisgrund, als die schon besprochenen. Sei nachgewiesen, sagt er [118]), daß das Pfandrecht sich bloß in einer obligatio rei darstelle und bestehe dann das Wesen einer obligatio überhaupt darin, daß eine von der privatrechtlichen Herrschaft des Berechtigten unabhängige Person oder Sache zu demselben bloß in einem solchen Beziehungsverhältnisse stehe, daß der Berechtigte irgend einen Anspruch gegen dieselbe durch Anrufung der öffentlichen Gewalt geltend machen könne, so daß sein Recht an sich nur in der Klage bestehe, mithin auch mit letzterer nothwendig hinwegfallen müsse, so müsse auch das Pfandrecht, sei es anders nur eine obligatio rei, auch bloß in der Klage bestehen und demnach auch mit der letztern zusammenfallen. — Es wird mir nicht schwer zuzugestehen, daß hier Büchel den tiefsten Blick in die Natur des Pfandrechts gethan habe. Auch ich erkenne es vollkommen an, daß diese, so zu sagen, Flüchtigkeit des Pfandrechts, diese mehr geistige als materielle Natur die bedeutendste Verschiedenheit zwischen Pfandrecht und Servitut bilde, daß hier wirklich

117) Büchel a. a. O. S. 97. ff. Sintenis Hdb. S. 12. ff.
118) a. a. O. S. 135.

eine große Aehnlichkeit zwischen obligatio und Pfandrecht gefunden werden müsse. Aber gleichwohl kann ich auch hier nicht mehr als eine Aehnlichkeit finden und bin weit entfernt, Büchel zuzugeben, daß diese Uebereinstimmung eine Folge der obligatorischen Natur des Pfandrechts sei. Daher bringt es mich auch nicht im Geringsten von meiner Grundansicht über die dingliche Natur des Pfandrechts ab, daß jene Verschiedenheit von der Servitut ausdrücklich in einer Stelle von Cajus anerkannt ist [119]). Auch hat Sintenis [120]) ganz Recht, wen er Demjenigen, der Gewicht darauf legen wollte, daß nach Büchels Darstellung der besitzende Pfandgläubiger, welcher keiner Klage bedürfe, für den auch, so lange er besitzt, nicht nata actio sei, kein Pfandrecht habe, antwortet, daß der Satz, das Pfandrecht bestehe nur in der hypothekarischen Klage, sich auf das Klagrecht beziehe, nicht gerade auf die Klage, als besonderes Rechtsmittel, so daß dann die exceptivische Geltendmachung des Pfandrechts der Klage in dieser Beziehung ganz gleichsteht, während die eigentliche Klage immer wieder hervortritt, sobald er um das Pfand kommt. In der That sagt Cajus, daß mit der Negation der Pfandverfolgung der Pfandgegenstand ipso jure vom Pfandnexus befreit werde:

> „Si noxali judicio agitur de servo, qui pignoris jure tenetur, aut de eo cujus ususfructus alterius est [121]), admonendi sumus, si creditor vel usufructuarius præsens defensionem suscipere noluerit, Proconsulem interventurum, et pignoris persecutionem vel ususfructus actionem negaturum. Quo casu dici potest, ipso jure pignus liberari: nullum enim pignus est, cujus persecutio negatur. Ususfructus autem, etiamsi persecutio ejus denegetur, ipso jure durat eo usque donec non utendo constituto tempore pereat.“

---

119) l. 27. pr. D. de noxalib. actt. (9. 4.)

120) a. a. O. S. 12. Not. 2.

121) Vgl. auch l. 3. D. si ex noxali causa (2. 9.)

Es leidet keinen Zweifel, daß der Entscheidungsgrund des Cajus der ist, daß da kein Pfandrecht sei, wo die Verfolgung des Pfandes abgesprochen werde, während der Ususfructus, auch wenn er nicht geltend gemacht werden kann, ipso jure, d. h. dem Rechte nach fortbesteht, bis er durch non usus erlischt. Dagegen kann man nicht mit Büchel behaupten, dieser Unterschied dürfe nicht daraus erklärt werden, daß der Ususfructus ein Institut des Civilrechts sei, das Pignus dagegen als dingliches Recht seinen Ursprung dem Prätor verdanke. Allerdings fallen nicht alle auf prätorischer Jurisdiction beruhenden Rechte mit der Klage zusammen; aber jene Rechtsverhältnisse, welche lediglich dadurch ihr Dasein erhalten haben, daß der Prätor eine Klage ertheilte[122]), sind eben dadurch nicht vorhanden und hören eben damit auf, daß der Prätor die Klage denegirt. Da nun allerdings das ganze hypothekarische Recht nur dadurch entstanden ist, daß der Prätor dem Gläubiger die serviana actio ertheilte, um durch sie jene Vortheile zu erlangen, welche das alte civilrechtliche pignus gewährte, so ist eben damit, daß der Magistrat jene Actio denegirt, auch das ganze Pfandrecht negirt. Natürlich ist dies anders bei einem civilrechtlichen Institut, wenn dem Berechtigten der Prätor die Actio verweigert; damit hebt er das Recht nicht auf, welches ipso jure fortdauert, bis es seiner eignen Natur nach aufhört. So bleibt z. B. Derjenige, welcher als Hauskind von der väterlichen Erbschaft abstinirt hatte, obgleich ihm der Prätor actiones hereditarias denegirt[123]) ipso jure der Erbe[124]). Denn der Prätor kann ein Recht, welches nicht auf seiner Jurisdiction beruht, nicht vernichten, so wenig er eine gesetzliche Bestimmung vollständig beseitigen kann. Aber ein Recht, das nur

---

122) Vgl. in §. 1. Inst. de perpet. et temporal. actt. (4. 12.) die geflissentliche Unterscheidung der actiones, je nachdem sie ipso jure competunt, oder a praetore dantur.

123) l. ult. D. de acq. vel omitt. hered. (29. 2.)

124) l. 6. §. 2. D. de bonis libertor. (38. 2.) l. 30. §. 10. D. de fideicommissar. libert. (40. 5.)

durch den Prätor existirt, existirt auch nur dadurch, daß er nach dem gesammten Charakter der prätorischen Edicte seine Auctorität interponirt und durch Verleihung von Klagrecht, d. h. durch Gewährung von Klagen und Einreden, von Interdicten, Missionen und Restitutionen manifestirt. Verweigert er diese Rechtshülfe, so existirt das Recht selbst nicht. Dies ist keine Eigenthümlichkeit des Pfandrechts, vielmehr hat dasselbe diese Natur mit allen prätorischen Instituten gemein. (Denegatur actio, exceptio, in integrum restitutio, bonorum possessio etc.).

§. 13.

Einen siebenten Grund für die neue Ansicht findet Sintenis[125]) in dessen accessorischer Natur. Das Pfandrecht sei nämlich nicht nur kein selbstständiges Recht, d. h. es könne ohne ein anderes besonderes Rechtsverhältniß nicht gedacht werden, sondern es könne für ein solches überhaupt nur so weit bestehen, als dasselbe von wirklich obligatorischer Natur sei. Diese durchaus wesentliche Verbindung scheine darum für eine solche auch des Pfandrechts zu sprechen, weil die Hauptforderung als das belebende Mittel für das Pfandrecht erscheine. Nun gilt freilich der Satz: accessorium sequitur suum principale. Allein es müßte denn doch als eine Uebertreibung bezeichnet werden, wenn man dies so weit ausdehnen wollte, daß das accessorische Verhältniß durch und durch die Natur des principalen annehme und Sintenis selbst bezeichnet Gränzen dieser accessorischen Natur, wenn er die drei Sätze aufstellt: das Pfandrecht kann ohne Hauptforderung nicht entstehen — alle gegen die Hauptforderung gerichteten Einreden wirken nothwendig auf das Pfandrecht ein — mit dem Aufhören der Hauptforderung erlischt das Pfandrecht[126]). Allgemein richtig ist aber nur der Satz, daß

125) Handb. S. 11. 12.

126) Vgl. hierüber auch Büchel in Richter, Kritische Jahrbücher Jahrg. 1837. S. 102.

der Bestand des Pfandrechts von dem Bestand der Obligation abhängig ist; hierin beruht die accessorische Natur des Pfandrechts. Diese Abhängigkeit tritt nur hervor, sowohl beim Anfang als beim Ende des Pfandrechts, insofern das Pfandrecht nicht anfangen kann, ehe eine Forderung existirt, welche durch dasselbe geschützt werden soll [127]), und nothwendig aufhören muß, sobald die Forderung aufhört [128]). Wenn aber das Pfandrecht nur mit der durch dasselbe gesicherten Forderung erscheint und verschwindet, so muß es deshalb noch nicht deren Natur annehmen, so wenig als der seinem Herrn folgende Diener Stand und überhaupt persönliches Verhältniß des Herrn überkommt. Daß Sintenis aus dem accessorischen Charakter des Pfandrechts zu viel folgert, beweisen nicht nur die wesentlichen Verschiedenheiten zwischen Pfandrecht und Obligation, namentlich auch die Ungetheiltheit des erstern, wodurch es von der regelmäßigen Natur der Obligatio abweicht, die unter Mehreren, wo nicht eigentliche Correalität statt findet, ipso jure getheilt ist, sondern auch das Verhältniß der alten Fiducia zur Obligation. In dieser Realcaution war ebenfalls Anfang und Ende des Eigenthums von der Forderung abhängig, das Eigenthum war ein Accessorium der Forderung, ohne daß man demselben deren Natur wird beilegen wollen, und wenn auch die Revocabilität des Eigenthums hier nur, wie man zu sagen pflegt, ex nunc war, worin sich allerdings das neuere Pfandrecht wesentlich unterscheidet, das immer ipso jure mit der Forderung aufhört, so diente gleichwohl das dem Gläubiger überlassene Eigenthum in allweg nur zum Schutz einer Forderung und war somit deren Accessorium. Wäre aber das Pfandrecht als Accessorium so ganz von der Natur des Principale durchdrungen, so müßte hievon auch wieder eine Rückwirkung auf das Principale zu erkennen sein, die durch Pfand-

127) Vgl. Hepp im Archiv für die civ. Praxis. Bd. X. S. 249. ff.

128) Ob dieser Satz Limitationen habe und welche, ist hier zu untersuchen unnöthig. Vgl. Büchel über die Wirkung der Klagenverjährung S. 50 ff.

recht gesicherte Forderung daher auch gegen jeden Besitzer des Pfandes geltend gemacht werden können. Dies aber ist unbedenklich nicht der Fall und es ist bekanntlich für den Pfandbesitzer rein facultativ, ob er, nachdem die Pfandklage gegen ihn angestellt ist, der Herausgabe des Pfandes durch Erfüllung der Schuld ausweichen will [129]).

§. 14.

Nachträglich sind noch zwei Gründe für die obligatorische Natur des Pfandrechts geltend gemacht worden [130]); der erste soll, was besonders von Warnkönig hervorgehoben worden ist [131]), in der Untheilbarkeit des verpfändeten Objects in Beziehung auf das Pfandrecht liegen, indem die verpfändete Sache, weil sie eben hinsichtlich der obligatio rei als verpflichtetes Subject behandelt werde, auch die Individualität annehme. Sehen wir indessen, wie Warnkönig die indivisa causa pignoris [132]) auffaßt, so ergiebt schon diese ganze Auffassung keineswegs eine Identität des Pfandrechts mit der Obligation sondern nur eine Vergleichung. Daß man aber zwei Dinge mit einander vergleichen könne, daß sie in einer gewissen Beziehung eine gleiche Natur haben, das bewirkt denn doch noch nicht, daß sie ihrem Wesen nach eins seien. Warnkönig nämlich unterscheidet scharf zwischen Untheilbarkeit und Ungetheiltheit, spricht die erstere mit Recht dem Pfandrecht ab, und legt ihm die letz-

129) l. 16. §. 3. D. de pignor. (20. 1.) l. 12. §. 1. D. quib. modis pign. solv. (20. 6.) l. 19. cod. de usuris (4. 32.)

130) Büchel Civilrechtl. Erörter. Bd. II. Hft. 2. S. 272.

131) In Roßhirt Zeitschr. Bd. III. S. 78. Aber auch Sintenis Hdb. S. 17. hatte die Untheilbarkeit des Pfandrechts auf die Natur eines dinglichen Forderungsrechts zurückgeführt. Jetzt erklärt derselbe diese Untheilbarkeit als eine von der Zweckmäßigkeit gebotene Eigenschaft. Vgl. das prakt. gem. Civilr. S. 604. Not. 6.

132) l. 65. D. de evictt. (21. 2.)

tere bei [133]). Er drückt dies so aus, daß er sagt, dem Pfandrecht sei activ und passiv der Charakter der Solidarität eigen und glaubt diese Solidarität aus der Annahme, daß das Pfandrecht eine obligatio rei sei, klar darthun zu können. Analysire man diesen Grundgedanken, so könne man sagen: die verpfändete Sache sei der Schuldner, die Forderung, wofür sie hafte, der Gläubiger. Da nun einerseits die Sache aus einer Menge Theile bestehe und auch die Forderung ins Unendliche theilbar gedacht werden könne, und bei der Errichtung des Pfandrechts die Ansicht der Contrahenten sei, nicht bloß die Sache im Ganzen für die Schuld im Ganzen zur Sicherheit zu geben, sondern auf jeden Theil der Sache für jeden Theil der Schuld diese Sicherheit zu bestellen, so erkläre sich die indivisa pignoris causa von selbst, so wie alle Folgesätze und Anwendungen der auf die angegebene Weise festgesetzten Solidarität des Pfandrechts. — Die bloße Vergleichung ist hier um so augenscheinlicher, da Warnkönig als den Gläubiger in der Obligation, in welcher das Pfand den Schuldner vorstellen soll, nicht etwa den Pfandgläubiger, sondern die Forderung, wofür es hafte, fingirt. Diese Fiction ist denn aber doch nicht geeignet, die rechtliche Natur des Pfandrechts zur obligatorischen zu machen [134]). In der That liegt der wahre Grund jener Ungetheiltheit der Hypothek in ihrer Natur als Realcaution, die sie mit jeder Art der Realcaution gemein hat, mit der Bürgschaft ebenso, wie mit der alten Fiducia und dem Pignus. Wie das neuere Pfandrecht für die ganze Forderung und jeden Theil dersel-

---

133) Hiegegen hat sich erklärt Sintenis (das pract. gem. Civilr. S. 605. Not. 6.) Allein vergl. auch Wächter im Archiv für die civ. Praxis XXVII. S. 188 ff., dessen Ausführung von Sintenis nicht berücksichtigt worden ist, oder noch nicht berücksichtigt werden konnte.

134) Auf diesem Wege käme man dahin, eine Prädialservitut als Obligation qualificiren zu dürfen, in welcher das Eigenthum am dienenden Grundstück der Schuldner, das Eigenthum am herrschenden der Gläubiger wäre.

den bestellt wird und sich keineswegs mit der theilweisen Abtragung der Forderung mindert, so war es auch mit der Fiducia der Fall, ohne daß man deshalb dem zur Sicherheit der Forderung übertragenen Eigenthum einen obligatorischen Character wird beilegen wollen. Vielmehr liegt jene Solidarität des Pfandrechts, wie Warnkönig sehr richtig bemerkt, in der Absicht (und zwar in der präsumtiven Absicht)[135] Dessen, der die Realcaution bestellt und der ihr entsprechenden Absicht Desjenigen, der die Realcaution sich bestellen läßt, ohne daß man genöthigt ist, sie der obligatio rei im Sinne Büchels als Wirkung zuzuschreiben, wie denn auch keine einzige Aeusserung der Quellen diese Verbindung der Solidarität des Pfandnerus mit der obligatio rei andeutet[136]). Jene Absicht des Caventen und des Gläubigers folgt aber aus der Natur des Pfandrechts als eines accessorischen Rechts, da das Accessorium besteht, so lange das Principale, wenn auch nur im geringsten Theile, noch existirt, ein Satz, der nicht bloß beim Pfandrecht, sondern ebenso bei der Servitut als Accessorium eines praedium dominans anwendbar ist[137]).

§. 15.

Der zweite von Büchel noch nachträglich geltend gemachte Grund soll in der Möglichkeit liegen, dieselbe Sache Mehreren nicht bloß nach, sondern selbst neben einander zu verpfänden. Wäre nämlich das Pfandrecht ein materiell dingliches Recht, enthielte es also aus dem Umfang des Eigenthums quo ad jus abgelöste oder auch bloß quo ad exercitium selbstständig eingeräumte Bestandtheile, so wäre es nicht möglich, daß dieselben Bestandtheile Mehreren in

135) Daraus, daß diese Absicht bloß präsumtiv ist, ergeben sich sehr wichtige praktische Folgen. Vgl. v. Wächter a. a. O.

136) Vgl. l. 19. D. de pignorib. (20. 1.) l. 11. §. 4. D. de pigner. act. (13. 7.) l. 1. und 2. cod. si unus ex plurib. heredib. (8. 32.) l. 6. 16. cod. de distract. pignor. (8. 28.) l. 1. cod. de luit. pign. (8. 31.)

137) l. 8. §. 1. D. de servitutt. (8. 1.) l. 13. pr. D. de S. P. R. (8. 3.)

solidum gehören, oder zur unabhängigen Ausübung in solidum zustehen könnten, quia quod meum est, alterius esse nequit. Bei Obligationen sei dies aber anders; denn bei diesen könne es vorkommen, daß Mehrere in solidum berechtigt, oder daß Mehrere in solidum verpflichtet seien. — Offenbar soll der eigentliche Nerv dieses Grundes in einer Negation des jus in re bestehen; daß er zugleich eine Uebereinstimmung des Pfandrechts mit der obligatio involvirt, also der positive Bestandtheil desselben ist untergeordnet. Was nun aber den letztern betrifft, der vorerst allein hierher gehört, so muß freilich dessen Bedeutsamkeit ganz in Abrede gestellt werden, wenn man bedenkt, daß die Solidarität nicht nur den Obligationen nicht charakteristisch eigenthümlich, sondern sogar in der Regel bei ihnen ausgeschlossen ist. Das Letztere bedarf keines Beweises [138]. Das Erstere ist bald erwiesen, wenn man nur an die Untheilbarkeit der Prädialservituten und die Folgen derselben für den Fall, daß der dominus praedii dominantis mehrere Erben hinterläßt, und an ähnliche Fälle erinnert. Denn alsdann übt jeder der mehreren Eigenthümer des herrschenden Grundstücks unbedenklich die Servitut ganz aus [139]. Diese Solidarität der Servitut ist denn auch so wirksam, daß aus ihr allein die Solidarität der obligatio und actio auf Bestellung einer Servitut abzuleiten ist [140]. Wie wenig aber überhaupt aus der Solidarität eines rechtlichen Verhältnisses auf dessen obligatorische Natur geschlossen werden könne, zeigt sich besonders bei mehreren Erben, von welchen an sich jeder auf das ganze as der Erbschaft, also in solidum berufen ist, woraus sich nicht bloß die Regel: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, sondern auch das Anwachsungsrecht

---

138) Vgl. l. 11. §. 1. und 2. D. de duob. reis. (45. 2.) l. 54. pr. §. 1. l. 117. D. de V. O. (45. 1.) l. 29. D. de solutt. (46. 3.)

139) J. B. l. 23. §. 3. l. 25. D. de S. P. R. (8. 3.)

140) l. 17. D. de servitutt. (8. 1.) l. 2. §. 1. u. 2. D. de V. O. (45. 1.)

erklärt. Hat aber deshalb das Erbfolgerecht an und für sich etwa auch eine obligatorische Natur? Oder würde, um ein Beispiel von passiver Solidarität anzuführen, Jemand der väterlichen Gewalt die obligatorische Natur deshalb beizulegen gemeint sein, weil sie über mehrere Kinder dem Vater nicht pro rata, sondern über jedes derselben ganz, also in solidum, zusteht? — Was aber die Bedeutung des hier besprochenen Grundes für die Negation der herkömmlichen Ansicht über die Natur des Pfandrechts als jus in re betrifft, so werde ich sogleich Gelegenheit haben, dieselbe zu würdigen. Denn es übrigt mir nunmehr nur noch, diese Ansicht gegen die Einwendungen, die ihr gemacht werden, zu rechtfertigen.

§. 16.

Es kann hier begreiflich nicht meine Absicht sein, mich in den Streit über den Begriff des dinglichen Rechts im Gegensatz zum persönlichen (obligatio) überhaupt einzulassen. Ich kann diesen Streit auf sich beruhen und die Frage unerörtert lassen, ob das Eigenthum dem jus in re zu subsumiren sei, oder ob das jus in re nur einen Gegensatz zum Eigenthum bilde [141]). Ich verstehe mit Andern unter dinglichen Rechten jene, welche ihrem Gegenstand nach auf eine Sache, ihrem Umfang nach aber gegen alle Menschen gerichtet sind und begreife darunter das Eigenthum und die aus demselben abgelösten Rechte an einer fremden Sache. Ob nur letztere jura in re seien, oder auch das Eigenthum, ist für meinen Zweck, wie gesagt, gleichgültig; jedenfalls heißen die aus dem Eigenthum abgelösten Rechte jura in re und haben das Charakteristische, daß sie Aeusserungen des Eigenthums enthalten, welche aus diesem veräussert sind und eben deshalb das Eigenthum belasten oder

141) v. Wächter Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrechte. Erstes Heft. Stuttgart 1845. Vierte Erörterung.

beschränken. Ferner sind ganz gewiß in rem actiones solche Klagen, welche nicht in personam sind; ob sie aber nothwendig auf eine Sache gehen müssen, um daran ein dingliches Recht geltend zu machen, ob also alle Klagen, die nicht in personam sind, in rem seien, oder nur jene Klagen, welche dingliche Rechte im angegebenen Sinne zu schützen bestimmt sind, dieser Streit [142]) liegt hier ausser meiner Untersuchung. — Die herkömmliche Ansicht betrachtet nun das Pfandrecht an einer körperlichen Sache als jus in re aliena, in gleicher Kategorie mit den übrigen dinglichen Rechten an einer fremden Sache stehend. Deshalb muß der allgemeine Begriff auch auf das Pfandrecht passen, es muß beruhen auf Veräusserung eines Eigenthumsbestandtheils, es muß enthalten ein aus dem Eigenthum abgelöstes Recht, es muß eine Belastung oder Beschränkung des Eigenthums, die Klage muß in rem sein. Nur das Letzte gesteht die neue Ansicht zu; dagegen die Eigenschaft des jus in re läugnet sie, indem sie das Pfandrecht zum Forderungsrecht, aber freilich zum dinglichen Forderungsrecht, macht. Hiedurch ist geläugnet die Parität des Pfandrechts mit der Servitut, insbesondere daß es auf der Veräusserung eines Eigenthumsbestandtheils beruhe, daß es ein aus dem Eigenthum abgelöstes Recht enthalte, daß es eine Beschränkung des Eigenthums sei. Dies ist demnach zu beweisen, wenn die herkömmliche Ansicht die richtige sein soll. — Die zwei Richtungen der neuen Ansicht, nach deren einer in dem dinglichen Forderungsrecht die verpfändete Sache den Schuldner darstellt, das Pfandrecht demungeachtet aber immer noch als eine „unmittelbare und unabhängige Berechtigung an einer Sache" gedacht werden will [143]), während die andere in dem jedesmaligen Besitzer des Pfandes das verpflichtete Subject findet, also eigentlich das Pfandrecht als obligatio personae mit ei-

---

142) Vgl. v. Wächter a. a. O.

143) Vgl. Büchels neueste Erklärung in Erört. Bd. II. Hft. II. S. 266.

ner in rem scripta actio auffaßt, können hier unbeachtet bleiben; denn beide vermissen im Pfandrecht die aus dem Eigenthum abgelösten Bestandtheile und weil sie diese vermissen, läugnen sie gleichmäßig die Parität mit der Servitut, deren Nachweis daher auch beide gleichmäßig widerlegt. Am Bestimmtesten hat sich aber hierüber jetzt Büchel ausgesprochen [144]), dessen Ausführung ich daher zunächst auch entgegentreten will. Derselbe fragt, worin denn eigentlich nach der Ansicht seiner Gegner das Wesen des Pfandrechts bestehen solle und beantwortet diese Frage dahin: in dem Rechte des Pfandgläubigers die verpfändete Sache zum Zwecke seiner Befriedigung zu verkaufen. Mit dieser Antwort erschöpft aber Büchel, wie oben §. 2. ausgeführt ist, den Gehalt des Pfandrecht nicht; denn noch vor dem jus alienandi steht das jus possidendi. Dies ist bereits nachgewiesen (vgl. auch oben §. 8.) und die unzweifelhaft mit dem Pfandrecht verbundene in rem actio ist demnach auch abgesehen vom Veräusserungsrecht nicht bedeutungslos [145]). Sodann aber verwirft Büchel das Veräusserungsrecht als wesentlich mit dem Pfandrecht verbunden. Dies bedarf

144) a. a. O. S. 270.

145) Hiemit ist eigentlich auch Sintenis einverstanden, insofern auch er den juristischen Besitz für den besitzenden Hypothekargläubiger anerkennt; gleichwohl glaubt er das jus in re verwerfen zu können, indem er (das prakt. gem. Civilr. Bd. I. S. 400. Not. 3.) sagt: „Auch deshalb kann man nicht etwa das Pfandrecht als ein solches betrachten, welches das Pfand der Herrschaft des Gläubigers unterwürfe, weil er unter Umständen dessen (juristischen) Besitz fordern kann, oder beim Faustpfand von vornherein hat; denn das Pfandrecht besteht schon, bevor der Besitz dem Gläubiger, und selbst wenn er ihm nie zu Theil wird. Nur das Recht ihn zu fordern, also ihn zu erlangen (oder wieder zu erlangen) ist dem Pfandrecht wesentlich, nicht der Besitz selbst und auch jenem kann durch Angebot der Zahlung ausgewichen werden.“ Hierauf antworte ich: 1) Nicht der Besitz ist ein Eigenthumsbestandtheil, sondern das jus possidendi. 2) Das ausweichen können ist, da es zugleich ein müssen ist, eben nur die Folge des jus possidendi!

nach den bereits gegebenen Erörterungen (§. 1. u. 2.) keine weitere Widerlegung. Endlich aber glaubt Büchel, und dies ist offenbar das Wichtigste, dem jus alienandi den Charakter eines aus dem Eigenthum abgelösten Rechts absprechen zu dürfen, es sei dem Gläubiger nicht als eignes Recht eingeräumt, was am besten daraus erhelle, daß ja der Verpfänder auch nach der Verpfändung noch giltig veräussern könne, was nicht möglich wäre, wenn das jus alienandi aus dem Umfang des Eigenthums abgelöst und dem Pfandgläubiger als eignes Recht eingeräumt wäre [146]). Hierin nun

146) Diesen Grund adoptirt auch Sintenis. Dagegen glaubt er das Recht die verpfändete Sache zu verkaufen, um sich aus deren Erlös bezahlt zu machen, als für das Pfandrecht charakteristisch jetzt auch darum verwerfen zu können, weil wer seinem drängenden Gläubiger zu dem Ende eine Sache einhändige, keineswegs nothwendig daran ein Pfandrecht bestelle. (d. prakt. gemeine Civilr. Bd. I. S. 603.) Allein dabei wird offenbar die Nothwendigkeit des dinglichen Charakters für das Pfandrecht übersehen, und damit verliert dieser Einwand seine Bedeutung. Besonderes Gewicht legt Sintenis (ebendas.) zu dem Zweck, dem Verkaufsrechte des Gläubigers den Charakter einer partiellen Unterwerfung der Sache unter seine Gewalt abzusprechen, darauf, daß der Verkauf als im Auftrag des Schuldners geschehen betrachtet werde, wie denn auch schon Büchel (Ueber jura in re und deren Verpfändung S. 18 und 70) den Verkauf durch den Gläubiger so ansah, daß derselbe, da er eine fremde Sache veräussere, die Veräusserungsbefugniß des Verpfänders zur Ausübung bringe, und in sofern als Procurator des Verpfänders erscheine. Allein dies ist schon von dem Recensenten Büchels in der Jenaischen Allg. Literaturzeitung Jahrg. 1836 Nro. 3. S. 20 und 21 widerlegt: „Creditor jure suo distrahit pignus (l. 13. D. de distrah. pign. [20. 5.]), selbst invito debitore (l. 14. §. 5. D. de div. temp. praescr. (44. 3.); vgl. auch Theophil. ad §. 1. Inst. quib. alien. lic. (2. 8.), er wird dem Procurator coordinirt (Caj. II. 64.) und, was uns entscheidend erscheint, behält sein Verkaufsrecht auch dann, wenn ein Dritter Eigenthümer des Pfandes wird, sei es durch einen vom Verpfänder (ohne des Gläubigers Zustimmung) vorgenommene Veräusserung, oder durch Usucapion." Auch meine im Text folgende Ausführung wird den Gesichtspunkt, als handle

soll ein so wichtiger Unterschied von der Servitut liegen, daß das Pfandrecht gar nicht mit ihr in eine Kategorie gestellt werden könne. Allein man frägt denn doch billig, ob bei den Servituten durchweg die Sache anders sei. Wenn es sich z. B. um eine Wegservitut handelt, ist denn hier das Verhältniß des Eigenthümers der dienenden Sache anders als jenes des Eigenthümers der verpfändeten? Kann nicht vielmehr jener eben so gut den Weg benützen, als dieser das Pfandobject veräussern? Und wo eine Collision eintritt, entscheidet sie sich nicht in beiden Fällen auf gleiche Weise zum Nachtheil des Eigenthümers der Sache, sei diese nun res serviens oder res obligata? Niemanden wird es in den Sinn kommen, diese Frage zu verneinen. Sehen wir aber auf unsere Quellen, so wird die Verpfändung in ganz gleicher Weise zur Veräusserung gestellt, wie die Constituirung einer Servitut. Beides gehört ebenso wie die Manumission der Sclaven, wie die Veräusserung des ganzen Eigenthums zur alienatio. So sagt Justinian:

„Sancimus, sive lex alienationem inhibuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum dominii alienationem, vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam u s u s f r u c t u s d a t i o n e m, v e l h y p o t h e c a m, v e l p i g n o r i s n e x u m penitus prohiberi. Similique modo et servitus minime imponi, nec emphyteuseos contractum, nisi in his tantummodo casibus, in quibus constitutionum auctoritas, vel testatoris voluntas, vel pactionum tenor, qui alienationem interdixit aliquid tale fieri permiserit [147]).“

Unmittelbar hinter der ususfructus datio ist ist die hypotheca oder der pignoris nexus untersagt. Und dies ist

---

der verkaufende Pfandgläubiger als Procurator des Verpfänders, von selbst ausschließen.

147) l. 7. cod. de reb. alien. non alienand. (4. 51.)

nicht etwa eine neue Verordnung Justinians [148]); vielmehr beweist der Digestentitel de rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt, daß schon der classischen Jurisprudenz die Verpfändung ebenso, wie die Bestellung von Servituten als Species der alienatio galt. — Wenn wir aber näher auf das Wesen der in der Constituirung einer Servitut liegenden Entäusserung eines Eigenthumsbestandtheils eingehen, so ergiebt sich, wie neuerlich v. Scheurl vortrefflich gezeigt hat [149]), daß im Allgemeinen Servituten nur insofern losgetrennte Eigenthumsbestandtheile sind, als der Eigenthümer das Recht, dasjenige, was Inhalt der Servitut ist, zu verhindern aufgiebt, das jus ire, agere, aquam ducere prohibendi [150]). Der Satz, daß Servituten losgetrennte Eigenthumsbestandtheile seien, hat daher entweder keinen Sinn, oder gilt eben so vom Pfandrecht. Denn auch hier giebt der Verpfänder das Recht zu besitzen und zu verkaufen eben so wenig auf, als er dort das jus eundi aufgiebt; was er zu Gunsten des Pfandgläubigers aufgiebt, und worin die

148) Vgl. ausserdem z. B. auch l. 1. cod. de fundo dotali (5. 23.): „Est autem alienatio omnis actus, per quem dominium transfertur.“ l. 1. §. 15. cod. de rei uxor. act. (5. 13.) Nov. 61. c. 1.

149) Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. XII. Hft. II. S. 237 ff.

150) Bei Gebäudeservituten, negativen wie affirmativen, ist dies noch augenscheinlicher und es trifft auch beim ususfructus zu. Die servitus altius non tollendi ist das Recht, die Erhöhung des Nachbarhauses zu verwehren; dieses Recht ist nicht vom Eigenthümer des dienenden Hauses auf den Servitutberechtigten übergegangen, da jener fortwährend Jedermann das Höherbauen verbieten kann. Was hier der Eigenthümer wirklich verliert, ist der Gegensatz der Servitut: das jus altius tollendi und dies ist auf den Berechtigten nicht übergegangen. Wer eine servitus tigni immittendi bestellt, verliert eben so das jus prohibendi, ne vicinus tignum immittat. Beim Ususfructus bildet allerdings den materiellen Verlust des Eigenthümers eben das, was der Servitutberechtigte erlangt; aber aus keinem andern Grund, als weil was in Folge der Einräumung der Servitut der Eigenthümer nicht hindern darf, eine Concurrenz desselben nicht zuläßt.

Beschränkung des Eigenthums besteht, das ist lediglich das jus prohibendi, das Recht die Besitzergreifung, die Veräusserung zu verwehren. Es bedarf daher auch, um eine Ablösung in derselben Weise wie bei den Servituten darzuthun, nicht des Nothbehelfs, „der Pfandgläubiger erhalte das jus alienandi erst, nachdem seine Pfandforderung fällig geworden sei, das Pfandrecht bestehe also in dem eventuellen Veräusserungsrechte der verpfändeten Sache.“ Denn es ergiebt sich aus allem Bisherigen, daß der Einwand, den Büchel daher nimmt, daß die actio hypothecaria schon von dem Moment der Verpfändung an (also noch vor dem Fälligwerden der Forderung) angestellt werden könne, unbegründet sei [151]). Endlich aber erklärt sich aus dem wahren dinglichen Gehalt des Pfandrechts die Möglichkeit, daß dieselbe Sache Mehreren nicht bloß nach-, sondern selbst nebeneinander in solidum verpfändet werden kann, ohne daß der von Büchel angeführte Satz: Quod meum est alterius esse nequit aus der Natur des Pfandrechts als eines jus in re entgegensteht. Dasselbe findet bei Prädialservituten statt, da Niemand läugnen wird, daß dieselbe Wegservitut nicht nur nacheinander, sondern auch nebeneinander mehreren Nachbarn bestellt werden kann. Nur wird freilich im erstern Fall, wie in der Regel beim Pfandrecht, sobald sich eine Collission ergiebt, das ältere Recht den Vorzug vor dem jüngern haben.

---

151) Nur wenn man bloß das Veräusserungsrecht zum Inhalt des Pfandrechts machen wollte, hätte diese Einwendung eine Bedeutung. Zwar ist es bestritten, ob die Anstellung der a. hypothecaria die Fälligkeit der Forderung voraussetze. Bejaht wird die Frage von Sintenis (Hdb. S. 53 f., 559 f. u. d. pract. gemeine Civilr. Bd. I. S. 647.) Allein erwägt man den Inhalt der l. 14. pr. D. de pignorib. (20. 1.) in Vergleichung mit l. 5. §. 1. D. quib. mod. pignus solv. (20. 6.), so muß Alles auf das Interesse des Gläubigers gestellt werden; kann er dieses beweisen, so kommt es auf die Fälligkeit der Forderung nicht an und die l. 14. pr. cit. kann nicht mit Sintenis auf den Fall beschränkt werden, wenn dem Pfandgläubiger schon der Besitz des Pfandes eingeräumt gewesen sei.

§. 17.

Nach den bisherigen Ausführungen sei es mir erlaubt, mit folgenden Bemerkungen diese Abhandlung zu schließen: 1) Die hypothecaria actio ist unzweifelhaft, auch nach der Ansicht der Gegner, eine in rem actio. Nun sagt Cajus IV, 3: „In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere.“ In diesem Gegensatz muß, da hier Cajus ganz gewiß die Fälle der in rem actio erschöpfen will, auch die Pfandklage begriffen sein. Die erste Kategorie schließt aber die Pfandklage aus, da bei ihr keineswegs die Intention dahin geht: corporalem rem nostram esse. Sie muß daher eine Klage sein, in welcher wir intendiren: jus aliquod nobis competere. Als Beispiele (veluti) führt Cajus auf: veluti utendi aut utendi fruendi (Personalservitut) eundi, agendi aquamve ducendi (Feldbienstbarkeit) vel altius tollendi vel prospiciendi (Gebäudedienstbarkeit). Nur in diese Kategorie kann das Pfandrecht gesetzt werden. Denn

2) der Pfandgläubiger wird entschieden zusammengestellt mit dem Usufructuar und Superficiar und alle drei werden als solche bezeichnet, welche aliquod in ea re jus habent, und zwar von demselben Cajus in l. 19. pr. D. de damno infecto (39. 2.) verb.: „sive domini sint, sive aliquid in ea re jus habeant, qualis est creditor et fructuarius et superficiarius,“ und in l. 30. D. de noxalib. act. (9. 4.) verb.: „si domini sint, sive aliquid in ea re jus habeant, qualis est creditor et fructuarius.“ Daß aber der Ausdruck: aliquod jus in ea re technisch ist für das, was wir jura in re aliena nennen, beweist auch Ulpian, indem er das Vermächtniß eines fundus, woran der Testator das (später sogenannte) emphyteutische Recht, der Legatar aber das Eigenthum hatte, für gültig erklärt, quia aliquid jns in eo is, qui legavit, habet [152]), wie denn auch Justinian bekanntlich den Pfandgläubiger als solchen bezeich-

152) l. 71. §. 5. D. de legat. I. (30.)

net, der jus in eadem re hat[153]). Wenn sich dagegen z. B. Sintenis[154]) auf l. 2. §. 22. D. vi bonorum rapt. (47. 8.) beruft und behauptet, in dieser Stelle bezeichne dieser Ausdruck auch ein persönliches Recht, wie Miethe und Commodat, so wird von ihm übersehen, daß das „vel quod aliud jus“ sich auf den unmittelbar vorhergenannten ususfructus bezieht[155]). Damit stimmt dann auch

3) was für die Eigenschaft des Pfandrechts als jus in re sehr charakteristisch ist, der Sprachgebrauch der Quellen überein, wonach die hypothecaria actio genannt wird vindicatio, persecutio pignoris vel hypothecae und die Rede ist von pignus vindicare, von vindicare hypothecam oder hypothecaria actione[156]), gerade wie servitutis vindicatio, vindicare servitutem, usumfructum vorkommt[157]).

4) Wie geringe materielle Bedeutung der Sprachgebrauch der Quellen, wonach das Pfandrecht obligatio rei genannt wird, habe, beweist die Eintheilung der Obligationen in dem Institutionentitel de obligationibus (3. (13.) 14.); hier ist zuerst eine summa divisio (§. 1.) und sodann eine sequens divisio (§. 2.) gegeben; eine Abtheilung in dingliche und persönliche Obligation (obligatio rei und personae) fehlt ganz[158]).

153) l. 8. §. 1. cod. de praescr. XXX. (7. 39.)

154) Hdb. S. 7. Not. 1.

155) Vgl. v. Wächter Erörterungen S. 90. Auch ist geradezu von einem jus in pignore die Rede in l. 28. D. de pignorib. (20. 1.)

156) l. 16. §. 3. l. 28. 29. §. 2. D. de pignorib. (20. 1.) l. 8. 18. cod. eod. (8. 14.) l. 12. pr. D. qui potiores (20. 4.)

157) l. 1. §. 4. D. de remissionib. (43. 25.) Rubr. Dig. si servitus vindicetur (8. 5.) l. 8. §. 2. D. de liberali causa (40. 12.) l. 9. D. de O. N. N. (39. 1.) l. 1. §. 5. D. de arbor. caed. (43. 27.)

158) Eben so fehlt im §. 1. Inst. de act. (4. 6.), wo die summa actionum divisio gegeben ist, jede Hinweisung auf eine in rem actio, welche eine obligatio rei geltend machen solle. Ueberdies spricht diese Stelle entschieden gegen Sintenis Auffassung der obligatio rei. Denn da hienach der jedesmalige Besitzer des Pfands der Schuldner sein soll, gegen den Besitzer aber die hypothecaria actio geht, wie könnte mit Sintenis Ansicht die negative Definition der in rem actio vereinigt werden, die in den Worten liegt: „aut cum ei agit, qui nullo jure eo obligatus est rc.“ ?